



UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL  
ESTADO DE MORELOS



**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DEL ESTADO DE MORELOS**

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES  
DIVISIÓN DE ESTUDIOS SUPERIORES

**CREACIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO  
DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO  
REFERENTE A SU DERECHO A SER ESCUCHADO**

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE  
DOCTOR EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN  
PADRÓN NACIONAL DE POSGRADOS DE CALIDAD

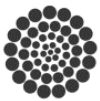
**P R E S E N T A**

M. EN D. SANDRA ISELA CEBALLOS TORRES

**DIRECTOR DE TESIS**

DR. EDUARDO OLIVA GÓMEZ

PROFESOR INVESTIGADOR DE TIEMPO COMPLETO-UAEM



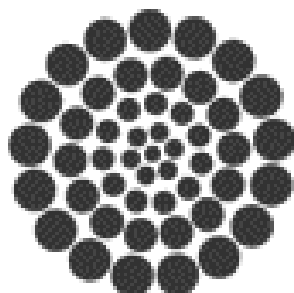
**CONACYT**

*Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología*

**Programa Nacional de  
Posgrados de Calidad, PNPC**

Cuernavaca, Morelos

Junio 2018



**CONACYT**

*Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología*

**Programa Nacional de  
Posgrados de Calidad, PNPC**

ESTA TESIS SE REALIZÓ CON EL APOYO CONACYT EN EL PROGRAMA  
EDUCATIVO DEL DOCTORADO EN DERECHO Y GLOBALIZACIÓN  
PNPC (002764).

**CREACIÓN DEL PROTOCOLO FACULTATIVO  
DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO  
REFERENTE A SU DERECHO A SER ESCUCHADO**

## AGRADECIMIENTOS

A Dios porque sin el nada es posible.

A mis sobrinos Marian, Rebeca, Rodrigo y Mariano  
por llenar de amor y alegría mi vida,  
es más fácil conquistar el mundo cuando lo abor das con la sensibilidad de un niño.

A mis padres Alma Torres y Nicolas Cevallos  
por ser mi ejemplo y guía todos los días.

A mi esposo José Antonio por su amor, por estar, escuchar y ser parte de mi vida.

A mis hermanas y cuñados por motivarme a seguir mis sueños.

A mis abuelos Mamá Bartola y Papá Veneno  
por siempre acompañarme, cuidarme y guiarme.

No quiero dejar de agradecer a mis ángeles  
Guadalupe, Basilio, Mary, Arturo, Raúl y Elvira  
porque me acompañan en todo momento.

## AGRADECIMIENTOS ESPECIALES

Especial agradecimiento a mi Director de tesis Doctor Eduardo Oliva Gómez, por su instrucción en el desarrollo de la investigación, sus aportaciones y su guía, así como por su motivación para proteger los derechos de los niños, gracias por su paciencia y su sincera amistad.

Al Dr. Cristián Lepín Molina, Coordinador Académico del Programa de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, por permitirme realizar la estancia de investigación en tan reconocida Universidad, por sus aportaciones en la presente investigación, a usted y su equipo de trabajo, gracias.

Al Dr. Isacc Ravetllat Ballesté, de la Universidad de Talca, Chile por su inspiración para seguir en la lucha por los derechos de los niños.

# ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	I
CAPÍTULO 1. LOS NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS.....	16
1. Los Niños en el contexto de los Derechos Humanos.....	16
1.1 Sobre los conceptos de Niño.....	17
1.2 Derechos Humanos del Niño.....	26
1.3 Concepto e importancia de la globalización.....	34
1.3.1 Teoría de globalización de Jaime Estay.....	37
1.3.2 ¿Cómo hacer que funcione la globalización? Teoría Stiglitz.....	38
1.3.3 Octavio Ianni, y la globalización.....	41
1.3.4 La globalización según Marcos Kaplan.....	43
1.4 Los derechos del niño en el contexto de la globalización.....	44
1.5 El niño como sujeto de derecho.....	48
1.5.1 Principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño.....	52
1.5.1.1 Del interés superior del niño.....	54
1.5.1.2 De la autonomía progresiva, un principio regulado en el ámbito internacional..	57
1.5.2 El derecho del niño a ser escuchado.....	62
1.5.2.1 La autonomía progresiva y el interés superior del niño en relación con su derecho a ser escuchado.....	76
1.6 Del desarrollo evolutivo de los niños.....	80
1.6.1 Teoría de Erikson.....	83
1.6.2 Teoría de Piaget.....	88
1.6.3 Teoría de Sears.....	93
1.7 La escucha del niño debe ser considerado como: ¿Un derecho o un principio?.....	97
1.8 Un análisis a la luz de la axiología y epistemología del derecho del niño a ser escuchado.....	102
1.8.1 La Escucha.....	108
1.8.2 La Comunicación.....	110
1.8.3 El Diálogo.....	111
1.9 Instituciones en el derecho familiar donde se plantea la hipótesis del derecho del niño a ser escuchado.....	113
1.9.1 Patria potestad, Divorcio, Régimen de convivencia, Guarda y Custodia.....	114

CAPÍTULO 2. LA PROTECCIÓN DE LA ESCUCHA DEL NIÑO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES .....	119
2.1 Declaración de Moscú sobre los Derechos del Niño y la Niña (1918).....	120
2.2 Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra 1924) .....	122
2.3 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948).....	125
2.4 Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra 1959) .....	126
2.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966) .....	128
2.6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966) .....	129
2.7 Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Internacional (1969).....	131
2.8 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing 1985) .....	133
2.9 Convención sobre los Derechos del Niño (1989).....	135
2.10 Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño y plan de acción para la aplicación (1990) .....	142
2.11 Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño (1996) .....	144
2.12 Objetivos de Desarrollo del Milenio (2002) .....	146
2.13 Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Familias. Mar de Plata, Argentina (2012) .....	148
2.14 Opiniones Consultivas.....	149
2.14.1 Opinión Consultiva 17/2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño	150
2.14.2 Opinión Consultiva 21/2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional .....	155
2.15 Observaciones Generales .....	156
2.15.1 Observación General Número 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (2002) .....	157
2.15.2 Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado (2009) .....	158
2.15.3 Observación General Número 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial 2013 .....	161
2.15.4 Observación General Número 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (2015).....	162
CAPÍTULO 3. ESTUDIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMPARADO Y EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL RESPECTO A LA ESCUCHA DEL NIÑO EN LOS PROCESOS JUDICIALES.....	163
3.1.1 Derecho de los niños en Chile.....	165

3.1.2 Chile desde su ratificación de la Convención Sobre los Derechos de los Niños	167
3.1.3 Análisis jurídico-práctico del modelo de Tribunales de Familia Chilenos	168
3.1.4 Derecho de Relación Directa y Regulada	172
3.1.5 Salas Gesell	180
3.1.6 Proyecto de ley que modifica la ley 19.968 en lo relativo al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos boletín 5665-18 Congreso Nacional	183
3.2 Derecho de los niños en Argentina	185
3.2.1 Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño	187
3.2.2 Ley Nacional Nº 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2005)	188
3.2.3 Código Civil y Comercial en Argentina	193
3.3 Análisis jurídico-práctico del modelo de Tribunales de Familia	197
3.4 Análisis Internacional de resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho de los niños a ser escuchados.	203
3.4.1 Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile	204
3.4.2 Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina	208
3.5. Derecho Nacional. La escucha del niño en los procesos de familia mexicanos	212
3.5.1 Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.	212
3.5.2 De la Ciudad de México. Código Civil para el Distrito Federal. Última reforma de octubre de 2017.	215
3.5.2.1.1 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Última reforma del 2 de junio de 2015.	219
3.5.2.2 Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México. Del 12 de mayo de 2017	221
3.5.3 De Sinaloa. Código Familiar del Estado de Sinaloa. Última reforma del 24 de mayo de 2017.	225
3.5.3.1 Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa. Última reforma del 26 de junio de 2017.	227
3.5.3.2 Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sinaloa. Del 14 de octubre de 2015.	228
3.5.4 De Coahuila. Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila de Zaragoza. Última Reforma del 22 de septiembre de 2017.	229
3.5.4.1 Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza. Última Reforma del 22 de septiembre de 2017.	231



CAPÍTULO 4. ANALISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL EN QUE SE LLEVA EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DEL JUICIO DE FAMILIA

.....	232
4.1 Forma legal en que se ejerce el derecho del niño a ser escuchado.....	234
4.2 La Cámara Gesell: su implementación en las diligencias judiciales para el ejercicio del derecho del niño a ser escuchado .....	236
4.3 La implementación y aplicación del Manual de Abordaje. Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia .....	239
4.4 ¿Cuál es el papel del juez de familia frente al derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos que ante él se suscitan? .....	243
4.5 El rol del consejero técnico, pedagogo, psicólogo y curador <i>ad litem</i> en relación al derecho de los niños a ser escuchados.....	246
4.5.1 Consejero Técnico .....	247
4.5.2 Pedagogo.....	248
4.5.3 Psicólogo.....	249
4.5.4 Curador <i>ad litem</i> .....	251
4.6 El rol del niño en el procedimiento de familia.....	253
4.7 ¿Cómo funcionan los tribunales de familia en cuanto al procedimiento de la escucha de los niños?.....	258
4.7.1 Contradicción de Tesis 256/2014 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México.....	260
4.8 El rol de la sociedad civil en la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño referente a su derecho a ser escuchado. ....	275
4.9 ¿Realmente se escucha a los niños en los procedimientos de familia?.....	278
4.10 ¿Qué valor tiene la escucha de los niños en las controversias de índole familiar que los afecten?.....	280
4.12 ¿Existen las medidas adecuadas para escuchar a los niños en los procedimientos judiciales? .....	284
4.13 Naturaleza de los protocolos facultativos de la Convención sobre los derechos del Niño .....	287
4.14 Necesidad de un Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, referente a su Derecho a ser Escuchado .....	292
Propuesta.....	296
Conclusiones.....	310
Fuentes de investigación.....	313

## INTRODUCCIÓN

Cuando decidimos enfocar la investigación en temas de la infancia, se nos vino a la mente una pregunta recurrente que muchos hacíamos de niños a nuestros padres cuando íbamos de viaje ¿Ya casi llegamos? Y es que justo los derechos de los niños han estado en un viaje que nunca ha culminado.

¿Será que ya casi llegamos al verdadero reconocimiento de los niños como sujetos de derechos? ¿Será que ya casi llegamos al reconocimiento de su autonomía? ¿Será que ya casi respetamos y reconocemos su derecho a ser escuchados y su correspondiente consideración social y jurídica?

En este camino inacabado vamos asimilando la existencia de una infancia activa y participativa, que es titular de derechos, y que es capaz de ejercerlos gradualmente.

La Convención sobre los Derechos del Niño, ha reconocido que los niños tienen derechos y garantías propios, que son sujetos de derecho y que de acuerdo a su desarrollo integral pueden tener influencia en la participación procesal en cualquier causa que los afecte o involucre; por lo tanto, al ser ratificada esta Convención, los Estados Partes se comprometieron a adoptar las medidas legislativas necesarias para la efectiva protección de los derechos de los niños reconocidos en ella.

Es así que la investigación busca precisamente hacer un aporte a este proceso legal, cultural y global de posicionamiento de los niños como sujetos de derechos, indagando sobre la forma cómo los tribunales de familia en un contexto globalizado han recogido en la práctica el derecho de los niños a ser escuchados y a que su opinión sea tomada debidamente en cuenta, tal como lo dispone el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Lo anterior, debido a que la situación actual en la que se encuentran los niños respecto a su derecho a ser escuchado, es el resultado de que la Convención

no plantea las condiciones para que se lleve a cabo la escucha de ellos, dejando a los Estados Partes que ratificaron dicha Convención la libertad de crear sus propios procedimientos, libertad que trajo como consecuencia que el derecho que se le confirió a los niños quede en manos del poder de cada Estado Parte en cuanto a la decisión de cómo, cuándo y para que deben ser escuchados.

El simple reconocimiento en instrumentos normativos nacionales e internacionales no es suficientes para que el enfoque de éste derecho se asiente y consolide.

Es decir, se pierde la esencia de la escucha, que es una acción un tanto compleja ya que no sólo se trata de escuchar, sino de observar, de ser un facilitador para la palabra del niño, distinguir lo que el niño manifiesta, siendo evidente que al perder el sentido de la escucha se vulnera el derecho de los niños a ser escuchados, aunado a que el juez los interroga con la presencia de un “asistente de menores” el cual puede ser un psicólogo, un trabajador social o bien un pedagogo, que cuentan con especialidades distintas que bien podrían intervenir en su conjunto para crear una intervención adecuada.

En la actualidad, la escucha se realiza bajo condiciones, que no precisamente van encaminadas a la escucha efectiva, pero sí que llevan a judicializar la escucha de los niños, confundiendo las características de su narrativa, ya que no se logra una intervención efectiva, en la cual su único objetivo sea identificar lo que el niño quiera expresar.

Las instituciones judiciales pasan por alto que existen condiciones y características emocionales y cognitivas en los niños; no se percatan del peso que conlleva la institución donde se escucha a los niños, que les genera temor y desconcierto, es decir, una serie de condiciones que si no se toman en cuenta contrarrestan su capacidad de expresión. Ya que el contexto familiar y la presencia de un juez (persona adulta) obstruyen a los niños, y lejos de sentirse protegidos se sienten intimidados.

Pero ¿Cómo dar aplicación a este derecho en un caso concreto? ¿Qué acciones debieran tomar los jueces para adaptar estas formulaciones legales y doctrinarias a su trabajo? A nuestro juicio la aplicación del artículo 12 en el ámbito judicial impone la obligación de indagar y establecer ciertos estándares unificados que los jueces deben considerar al momento de escuchar a los niños, criterios unificadores a los que se comprometan los Estados Partes a seguir y respetar con el fin de garantizar el derecho de los niños a ser escuchados.

Para el análisis de lo anterior, la investigación consta de cuatro capítulos divididos en ejes temáticos que nos ayudaran a construir el eje central, todos pretenden mostrar la problemática anteriormente narrada y a su vez la innegable eficacia de un protocolo facultativo referente al derecho del niño a ser escuchado bajo las condiciones adecuadas para lograr una escucha activa y efectiva, lo anterior dentro del contexto actual de los derechos humanos al hilo del pilar axiológico.

Dentro del primer capítulo el lector encontrará un marco teórico destinado a ubicar al niño dentro de los derechos humanos y a su vez contextualizarlos dentro de la globalización lo cual no se podría estudiar sin una noción de la infancia, y de premisas tales como la autonomía progresiva, el interés superior, mismos que a su vez deben analizarse en razón a las teorías del desarrollo del niño, para finalmente construir un análisis en el cual se determine si la escucha de los niños a la que se refiere la Convención es un principio o un derecho.

Posteriormente, el segundo capítulo plantea la protección del derecho del niño a ser escuchado efectuando un análisis de la normativa internacional, esto con el fin de desentrañar el por qué y para qué de éste derecho, al tiempo de recorrer el panorama normativo internacional precursor de los derechos del niño tanto de *hard law* como de *soft law*.

El capítulo tercero realiza un estudio legal en el ámbito del derecho comparado del derecho del niño a ser escuchado en países como Argentina y Chile precursores en la implementación de mecanismos y herramientas para su eficaz

respeto, se ponderan las problemáticas que han generado obstáculos en su pleno reconocimiento. Éste capítulo está enriquecido al contener un análisis jurídico-práctico derivado de la estancia de investigación realizada, donde se tuvo la oportunidad de presenciar cómo se escucha a los niños en las cámaras Gesell de los Tribunales de Familia en Santiago, Chile. Finalmente se realiza un análisis en el ámbito internacional donde se estudiarán dos sentencias relevantes emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos referentes a la importancia de escuchar al niño en todos los asuntos que lo afecten.

Para concluir, en el capítulo cuarto planteamos un análisis de la situación actual del derecho del niño a ser escuchado, en ese orden de ideas se estudia el rol que juega el juez, el grupo multidisciplinario que lo escucha y evidentemente el rol del niño en los procesos judiciales de índole familiar, lo anterior resulta imperante pues a través de ello se observa la condición de los niños de formarse un juicio propio, el valor que tiene la opinión del niño y si existen las medidas adecuadas para que éste pueda ser escuchado.

Por lo expuesto anteriormente, nos ha parecido necesario caracterizar este derecho en relación con el principio del interés superior del niño y de la autonomía progresiva, y describir su consagración en la Convención sobre los Derechos del Niño. Todo ello con el fin de dar cuenta de los nudos problemáticos relacionados con el ejercicio de este derecho, pero también con la posibilidad de un mejoramiento con la creación de un Protocolo Facultativo destinado sólo para ello.

La implementación de un Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño referente a su derecho a ser escuchado, que unifique criterios implemente las bases a seguir para que cualquier autoridad judicial al momento de escuchar a los niños respete su derecho humano consagrado en la Convención.

La falta de un protocolo facultativo, provoca la transgresión del derecho del niño a ser escuchado dada la infinidad de criterios e interpretaciones que cada Estado Parte realiza en cuanto a las condiciones bajo las cuales los niños deben

ser escuchados, creando criterios discrecionales y decisiones judiciales que afectan directamente los intereses, pero sobre el derecho del niño a ser escuchado.

Para abordar la investigación se establecen principalmente el método deductivo-inductivo, ya que se desarrollan los temas generales para llegar al tema principal que es dilucidar la aplicación de los Tribunales de Familia del derecho de los niños a ser escuchados, y su pertinente necesidad de unificar las condiciones sobre las cuales se debe escuchar a los niños.

El método de investigación jurídica, enriquece nuestra investigación pues su utilización tiene el objetivo de conocer la eficacia de la norma jurídica, es decir, estudiar la realidad jurídica en las fuentes nacionales e internacionales, así como la realidad social que definirá la eficacia o ineficacia de las condiciones bajo las cuales se escucha a los niños.

Así como el Derecho Comparado indispensable a la luz de la globalización, en tal sentido resultará interesante conocer de las experiencias vividas en diversos tribunales de familia internacionales y nacionales, en relación con el derecho de los niños a ser escuchados.

Las principales técnicas serán la documental física e internet, legislativa, jurisprudencial tanto nacional como internacional y de revisión de instrumentos internacionales.

La investigación de campo resultará de gran importancia en la investigación para conocer el estado del arte de la escucha de los niños y niñas en las controversias de índole familiar.

Esta investigación es el resultado de constantes interrogantes que han marcado mi desarrollo profesional, llevando en las siguientes líneas mi respeto y admiración por los investigadores nacionales e internacionales que no se han cansado de defender los derechos de los niños, por lo cual la investigación consta

de 323 citas entre las que encontraremos como fuente de investigación bibliografía, hemerografía y normativa nacional e internacional.

## CAPÍTULO 1. LOS NIÑOS EN EL CONTEXTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

### SUMARIO

*1.1 Sobre los conceptos de Niño; 1.2 Derechos Humanos del Niño; 1.3 Concepto e importancia de la globalización; 1.3.1 Teoría de globalización de Jaime Estay; 1.3.2 ¿Cómo hacer que funcione la globalización? Teoría Stiglitz; 1.3.3 Octavio Ianni y la globalización; 1.3.4 La globalización según Marcos Kaplan; 1.4 Los derechos del niño en el contexto de la globalización; 1.5 El niño como sujeto de derecho; 1.5.1 Principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño; 1.5.1.1 Del interés superior del niño; 1.5.1.2 De la autonomía progresiva, un principio regulado en el ámbito internacional; 1.5.2 El derecho del niño a ser escuchado; 1.5.2.1 La autonomía progresiva y el interés superior del niño en relación con su derecho a ser escuchado; 1.6 Del desarrollo evolutivo de los niños; 1.6.1 Teoría de Erikson; 1.6.2 Teoría de Piaget; 1.6.3 Teoría de Sears; 1.7 La escucha del niño debe ser considerado como: ¿Un derecho o un principio?; 1.8 Un análisis a la luz de la axiología y epistemología del derecho del niño a ser escuchado; 1.8.1 La Escucha; 1.8.2 La Comunicación; 1.8.3 El Diálogo; 1.9 Instituciones en el derecho familiar donde se plantea la hipótesis del derecho del niño a ser escuchado; 1.9.1 Patria potestad, Divorcio, Régimen de convivencia, Guarda y Custodia.*

#### 1. Los Niños en el contexto de los Derechos Humanos

Diversas ocasiones hemos hablado sobre los derechos humanos de los niños y la eminente preocupación global existente de cumplir con el contenido de la Convención sobre los Derechos del Niño desde 1989 a la fecha, específicamente de cumplir con los principios rectores en ella señalados, sin embargo, para hacer valer los principios rectores y proteger sus derechos humanos, es necesario un reconocimiento social hacia la infancia como portadora titular de derechos, los niños son sujetos de derechos, lo cual rompe con el paradigma de ser simplemente objetos de protección, pero ésta titularidad de derechos otorga al niño una



autonomía progresiva que va de la mano con el desarrollo evolutivo durante su infancia.

Esta autonomía de la que hablamos faculta a los titulares de derechos a ejercerlos en todos los asuntos que los afecten, tal como lo es el derecho de los niños a ser escuchados en procedimientos judiciales, en el caso concreto asuntos de índole familiar, donde el niño se ve directamente afectado.

Dentro del contexto globalizado en el que nos encontramos son diversas las interpretaciones de la Convención sobre los Derechos Niño respecto a éste derecho, pero para comprender el alcance de lo anterior, a continuación, realizaremos un análisis desde el concepto de niño hasta la implementación de éste derecho en las controversias de familia.

### 1.1 Sobre los conceptos de Niño

Resulta primordial al desarrollar temas de la infancia, entender el concepto que hemos tenido en nuestra sociedad respecto a los niños, a continuación, no pretendemos dar una definición de niño, pero sí conceptualizar al niño, lo cual dependerá de cuestiones culturales y axiológicas, ya que darle una definición o un concepto como tal a un niño, menor o infante, no es propiamente lo que nos ocupa como sociedad globalizada, si no, que la importancia de dicha concepción cultural radica en que debemos poner mayor atención en los niños, ya que hasta la fecha no hemos logrado encontrar un verdadero reconocimiento a sus derechos humanos y a la titularidad de los mismos.

Antes de continuar, es necesario señalar que la Convención protectora de los derechos del niño, hace alusión al término “niño” al denominarse -Convención sobre los Derechos del Niño-, esto no quiere decir que no se puede aplicar a las niñas y a los adolescentes, por lo que es importante aclarar que, al hablar de niños, en ésta investigación estamos hablando de niños y niñas en general, es decir, las cuestiones de sexo o identidad de género no serán tomadas en cuenta, en el sentido de que no es necesario que se hable de niño y niña para crear una igualdad. Es

decir, se utilizará la palabra niño o niños como un operador jurídico proveniente de un instrumento internacional.

En nuestra sociedad nos referimos al niño, cuando hacemos alusión a los seres humanos que se encuentran en el periodo de la niñez, entonces podría pensarse que es desde que nacen hasta que alcanzan la mayoría de edad y entran a la edad adulta.

El concepto que tenemos de niño no ha sido siempre la de nuestros antepasados, veremos que ha ido evolucionando con el transcurso del tiempo, razón por la cual es de suma importancia adentrarnos en la construcción de su concepto ya que de éste dependerá el respeto a sus derechos.

Recordemos que, en las sociedades antiguas, el niño era considerado como propiedad de la familia, lo anterior, sucedía en razón de que eran los adultos los protectores de los niños, sólo que aunado a esa protección también primaba un poder sobre los niños, al considerarlos carentes de voluntad.

En Roma, por ejemplo, el poder estaba en manos del *paterfamilias*, en ese sentido el único considerado con capacidad tanto de goce como de ejercicio era él, por lo tanto, el niño integrante de la familia simplemente era visto como un ser vulnerable y moldeable hasta el momento de ser un ciudadano completo, hasta entonces sólo sería objeto de protección.

Este pensamiento parecería de lo más natural, sin embargo, el *paterfamilias*, tenía otras facultades dada ésta capacidad, tal es el caso del *ius vitae necisque* el cual le otorgaba el derecho de vida y muerte sobre sus hijos, o bien el *ius vendendi* en virtud del cual podía enajenar a sus hijos, así como el *ius exponendi* derecho de exposición del hijo recién nacido, esta figura permitía que el padre abandonara a su

hijo con la posibilidad de que cualquier persona lo pudiese recoger, sin embargo, algunos morían por hambre o bien por frío.<sup>1</sup>

No pasa desapercibido que parte de este concepto que la sociedad romana tenía de que el niño pertenecía al padre o bien era propiedad del padre y, por ende, el niño era una persona incapaz que no podía participar en cuestiones que le afectaran proviene de la figura de la *patria potestas* “patria potestad”.

En el proceso histórico de la patria potestad, el *pater familias* tiene sobre las personas una autoridad absoluta. La patria potestad no se extingue. Porque sólo el *pater familias* es el que alimenta el fuego del hogar, y únicamente saliendo de la familia puede el hijo liberarse de aquel.<sup>2</sup>

Lo anterior, hace suponer que el niño no tenía vida propia, sino que constituía un proyecto del adulto.

En el derecho romano esta facultad de participar era limitada ya que para tener una capacidad natural se debía contar con la palabra y el completo desarrollo corporal, por lo que el que no sabía o era incapaz de hablar se le denominaba *infans* “infante” y al que no había alcanzado el pleno desarrollo corporal se le llamó *impúber*.<sup>3</sup>

Incluso se dice que por tal motivo la infancia se prolongó hasta la edad de 7 años en el entendido de que hasta este momento a pesar de que el niño hablara, éste lo hacía sin inteligencia y por ende sin capacidad.<sup>4</sup>

Como podemos observar en las sociedades antiguas no imperaba el reconocimiento a los derechos de los niños y esto por la simple razón de que los

---

<sup>1</sup> Ravetllat Ballesté, Isaac, *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, España, Universitat Politècnica de València, 2015, p. 11

<sup>2</sup> Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, 15 ed., Colombia, Ediciones del Profesional LTDA, 2014, p. 226.

<sup>3</sup> Ravetllat Ballesté, Isaac, *Aproximación histórica... op. cit.*, p. 17

<sup>4</sup> *Ídem*

niños eran vistos como un ser inferior, vulnerable y por tanto se generó una invisibilidad hacia sus derechos seguido de una desvaloración social, incluso la etapa de la niñez mientras más rápido pasara mejor.

Muy similar se conceptualiza a los niños en Grecia, salvo que ellos le deban mucha importancia a su educación ya que sería el futuro ciudadano, por lo que hace que su concepción del niño se vaya acercando más a nuestro concepto moderno.

Bien, aclarado lo anterior, tenemos que la palabra niño proviene de una onomatopeya infantil *nninus*, y la palabra infante proviene del latín *fari* que significa hablar, por lo que, en un negación *in* el in-fante significa el que no habla.<sup>5</sup>

Para realizar una reconstrucción histórica del concepto de niño en la antigüedad Jetzabel Montejo sugiere elaborarla a partir de los siguientes elementos:

- Concepción de niño como propiedad de la comunidad o de los padres.
- Total sumisión del niño a la potestad del padre, que podía disponer de la vida y la muerte del hijo: inexistencia de un derecho a la vida para el recién nacido.
- Presencia del infanticidio y la exposición del hijo.<sup>6</sup>

Por su parte, la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere al niño como toda persona menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad. No es un concepto como tal, pero es un parámetro que da la Convención sin hacer distinciones entre niño y adolescente dejando a los países que ratificaron la misma determinar éstas edades.

Por ello, dependiendo de cada país, la edad ocupada como rango para definir a partir de cuándo estamos hablando de niños y cuando estamos hablando de adolescentes es variable.

---

<sup>5</sup> González Contró, Mónica, *et. alt.*, *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, UNAM-DIF NACIONAL-IIJ, 2012, p. 2.

<sup>6</sup> Montejo Rivero, Jetzabel Mireya, *La capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes*, Colombia, Temis, 2015, p. 13.

Cabe señalar, que el término adolescencia no está dentro de la terminología de la Convención, sin embargo, el concepto de adolescencia no es nuevo; ha estado incluido en diferentes normas nacionales y recientemente internacionales, es una novedad el sentido jurídico con el cual se usa esta expresión. La palabra adolescencia ha servido como un presupuesto para reconocer la creciente autonomía de las personas que se encuentran en una determinada franja de edad, como por ejemplo 14 a 18 años, como si la edad permitiera presumir que se ha alcanzado una cierta madurez para tomar decisiones, ejercer determinados actos y comprender en sentido de su intervención, lo cual veremos más adelante, dista mucho de ser así.

Durante el siglo XVII se distingue la adolescencia de la infancia, y desde entonces surgen las primeras manifestaciones de la adolescencia, pero es hasta el siglo XIX cuando se consolida la adolescencia como concepto construido social e históricamente.<sup>7</sup>

Pero retomando lo establecido por la Convención, si una ley local establece que la edad en la que se alcanza la mayoría de edad es, por poner un ejemplo, dieciséis años, ésta será la edad que se deba tomar en cuenta al momento de tomar un concepto de niño; por lo que la Convención al determinar la edad de 18 años, ésta debe servir como parámetro, más no como regla general.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva 17 del 2002 aduce que:

Para los fines que persigue esta Opinión Consultiva, es suficiente la diferencia que se ha hecho entre mayores y menores de 18 años. La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa

---

<sup>7</sup> González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, 2011, p. 57.

sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana.<sup>8</sup>

Destacamos de lo anterior, que cuando la Corte determina que la mayoría de edad permite en la persona asumir obligaciones y realizar actos de naturaleza personal y patrimonial, se refiere a la capacidad de actuar o bien capacidad de ejercicio que se adquiere a determinada edad, por regla general a los 18 años, más no se refiere a la autonomía progresiva, incluso en la parte final sostiene que todos son sujetos de derechos.

Resulta importante determinar lo referente a la edad, en virtud de que, en muchas ocasiones el término menor va acompañado de la edad “menor de edad”, cuando ocurre lo anterior, podemos decir que es correcto el término utilizado porque aún no alcanza la mayoría de edad establecida por nuestros ordenamientos jurídicos.

Pero cuando sólo aplicamos el término “menor” para referirnos a los niños podríamos estar frente a un caso de disminución de derechos o de autonomía al considerarse a éste como incapaz, disminuido en sus facultades y capacidades para discernir.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 4º, por ejemplo, cuando habla de niños se refiere a las “niñas y niños”, así como la Ley General para la Protección de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, utilizan el término “niñas y niños”, y agrega “adolescentes”, sin embargo, en algunos Códigos Civiles y Familiares para referirse a los niños utiliza el término “menores”, sin utilizar el término edad.

---

<sup>8</sup> Opinión Consultiva número 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Sí bien, el término menor es utilizado por costumbre social como sinónimo de niño, el primero, fue utilizado inicialmente para hacer referencia a que los niños tenían una minoridad, es decir, que era inferior, y por lo tanto eran menores, término que muestra una incapacidad si éste no va acompañado de la edad. Sin embargo, se encuentra fuertemente arraigado en el léxico jurídico y social, aun siquiera, con la intención de referirse a los niños como incapaces.

Pero en el presente desarrollo, utilizar el término niño o menor como sinónimos, sí implicaría utilizar equívocamente alguno de ellos respecto al inadecuado reconocimiento y cumplimiento de los derechos, porque debido a esa minoría es que se ve menoscabada su autonomía progresiva, participativa, que va de la mano de su desarrollo evolutivo, más no de su edad biológica.

Ya la Observación General N° 5 del 2003, en la cual se establecen medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el artículo 6° hacía alusión a éste desarrollo evolutivo, al referir:

El derecho intrínseco del niño a la vida y la obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño. El Comité espera que los Estados interpreten el término "desarrollo" en su sentido más amplio, como concepto holístico que abarca el desarrollo físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social del niño. Las medidas de aplicación deben estar dirigidas a conseguir el desarrollo óptimo de todos los niños.<sup>9</sup>

Al respecto, sostiene Oliva Gómez, que en el año 2008 en la ciudad de Brasilia, se llevó a cabo la XIV edición de la Cumbre Judicial Iberoamericana, en la que se pronunciaron las Reglas de Brasilia sobre acceso a la Justicia de las personas en condiciones de vulnerabilidad; en dichas reglas, en la sección segunda relativa a los beneficiarios de las reglas, se establece el concepto de las personas

---

<sup>9</sup> Observación General N° 5, Consultada en:  
[http://www2.ohchr/english/bodies/docs/GC5\\_sp.doc](http://www2.ohchr/english/bodies/docs/GC5_sp.doc)

en situación de vulnerabilidad, indicando que se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas que, por razón de su edad, género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.<sup>10</sup>

Al determinar la edad como una de las causas de vulnerabilidad, podríamos decir que toda persona menor de dieciocho años de edad, debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo.

La idea del desarrollo evolutivo del niño, se encuentra también en el artículo 5° de la Convención sobre los Derechos del Niño, en el que se establece:

Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

De lo anterior, se colige que los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.<sup>11</sup>

A esto le llamamos, autonomía progresiva, misma que deriva de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual haremos alusión en adelante,

---

<sup>10</sup> Oliva Gómez, Eduardo, *El derecho del niño a ser oído en controversias familiares de contexto de los derechos humanos. Análisis crítico-propositivo*, Memoria del XVIII Congreso Internacional de Derecho Familiar “La Familia es para siempre”, Durango, Dgo., del 20 al 24 de octubre, 2014, p. 1065. Véase lo consultado en: [www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/xiv\\_cumbre\\_judicial/Reglas.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/xiv_cumbre_judicial/Reglas.pdf)

<sup>11</sup> Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención internacional sobre los Derechos del Niño*, Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 9, UNICEF, agosto 2007, consultada en: [http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia\\_y\\_derechos\\_9.pdf](http://www.unicef.org/argentina/spanish/Justicia_y_derechos_9.pdf)



pero consiste en ese principio que reconoce plenamente la titularidad de derechos de los niños en su calidad de personas, sujetos de derecho, que pueden ejercer los mismos de acuerdo a la evolución de sus facultades.

En relación a lo anterior, México antes de firmar la Convención sostuvo en sus comunicaciones escritas y orales, que:

...los niños no deben ser considerados 'objetos de protección segregativa', sino sujetos de pleno derecho que deben recibir protección integral, y gozar de todos los derechos que tienen las personas adultas, además de 'un grupo de derechos específicos que se les otorga por la particularidad de que los niños se encuentran en desarrollo'. No sólo se deben proteger sus derechos, sino también es necesario adoptar medidas especiales de protección...<sup>12</sup>

Lo que aquí interesa es precisamente el reconocimiento que hace la Convención sobre los Derechos del Niño, cuando sostiene que, si bien a los niños se les da el carácter de sujetos de derechos, esto depende de su desarrollo madurativo y, consiguiente, la necesidad de distinguir lo referente a la edad y madurez.

En ese contexto, el nuevo paradigma de considerar al niño como sujeto de derecho e introducir una noción dinámica del ejercicio de la capacidad y autonomía, obligando a que se valore la evolución progresiva de sus facultades, con ello se plantea superar la conceptualización de esta fase de la vida humana hasta ahora caracterizada por la subordinación y dependencia a los representantes o tutores legales hacia el reconocimiento de una participación social más activa de los niños como personas.

En conclusión, tomando el concepto de niño al que alude la Convención, niño es aquel sujeto de derechos, menor de dieciocho años, capaz de ejercer con plena autonomía sus derechos, dotado de discernimiento progresivo, que lo llevará a formarse un juicio propio de acuerdo a su desarrollo evolutivo.

---

<sup>12</sup> Opinión Consultiva número 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

## 1.2 Derechos Humanos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>13</sup> ha reconocido que los niños tienen derechos y garantías propios, que son sujetos de derecho y que de acuerdo a su desarrollo integral, pueden tener influencia en la participación procesal en cualquier causa que los afecte o involucre; por lo tanto, al ser ratificada esta Convención, los Estados Partes se comprometieron a adoptar las medidas legislativas necesarias para la efectiva protección de los derechos de la niñez reconocidos en ella.

Uno de los instrumentos internacionales que describe la gama de los derechos humanos de los niños en un solo texto es precisamente la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 la cual en 54 artículos reconoce derechos a la supervivencia, al desarrollo, a la protección y a la participación.

De acuerdo a la Convención los niños tienen derecho:

A la vida, el desarrollo, la participación y la protección.

A tener un nombre y una nacionalidad.

A saber quiénes son sus padres y a no ser separados de ellos.

A que el Estado garantice a sus padres la posibilidad de cumplir con sus deberes y derechos.

A crecer sanos, física, mental y espiritualmente.

A que se respete su vida privada.

A tener su propia cultura, idioma y religión.

A pedir y difundir la información necesaria que promueva su bienestar y su desarrollo como personas.

A que sus intereses sean lo primero a tenerse en cuenta en cada tema que les afecte, tanto en la escuela, los hospitales, ante los jueces, diputados, senadores u otras autoridades.

---

<sup>13</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, consultada en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

A expresarse libremente, a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta.

A no ser discriminados por el sólo hecho de ser diferentes a los demás.

A tener a quien recurrir en caso de que los maltraten o les hagan daño.

A no tener que realizar trabajos peligrosos ni actividades que afecten su salud o entorpezcan su educación y desarrollo.

A que nadie haga con su cuerpo cosas que no quieren.

A aprender todo aquello que desarrolle al máximo su personalidad y sus capacidades intelectuales, físicas y sociales.

A tener una vida digna y plena, más aún si tienen una discapacidad física o mental.

A descansar, jugar y practicar deportes.

A vivir en un medio ambiente sano y limpio y disfrutar del contacto con la naturaleza.

A participar activamente en la vida cultural de su comunidad, a través de la música, la pintura, el teatro, el cine o cualquier medio de expresión.

A reunirse con amigos para pensar proyectos juntos p intercambiar sus ideas.

La Convención sobre los Derechos del Niño es el primer instrumento universal de los derechos humanos del niño legalmente obligatorio de la historia. No obstante, a más de veinticinco años de la Convención sobre los Derechos del Niño, se puede decir que, se realizó una convención en el siglo XIX, con la que en el siglo XX estudiaron los impartidores de justicia, y es aplicada para niños del siglo XXI; el reto entonces consiste en convertir en realidad los derechos humanos planteados en dicha convención.

El concepto de los derechos del niño, implica que éste debe tener mayor autonomía, no porque hablemos de personas pequeñas, significa que estas y sus derechos no deben ser tomados en serio, igual que a los adultos.

En la historia de los derechos de los niños se pueden distinguir dos corrientes principales, por un lado, aquella que pone el énfasis en la protección y, posteriormente, también en la garantía de condiciones de vida dignas para los niños y, por otro lado, la que apunta a la igualdad de derechos y a una participación activa de los niños en la sociedad.<sup>14</sup>

Los países que ratifican la Convención y que por consiguiente se convierten en Estados Partes de la misma, ante una sociedad global, tiene la tarea de aprender a trabajar conjuntamente con el derecho internacional, los organismos internacionales, y los no gubernamentales para la salvaguarda de los derechos humanos de los niños.

Menciona González Ibarra, que la complejidad de la realidad en la globalización ha cambiado nuestra forma de vivir, y de ver la vida.<sup>15</sup> Tal como lo dice el autor, estamos frente a una realidad, y en este esfuerzo al que nos ha llevado la dinámica global, muchos países intentan a través de reformas adecuar su normativa nacional con los instrumentos internacionales que ha ratificado.

En México, por ejemplo, a raíz del Caso Rosendo Radilla vs México y la jurisprudencia internacional emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el año 2011 tras una reforma a la Constitución Federal se vislumbra la protección a los derechos humanos de todas las personas de conformidad a la Constitución misma y a los instrumentos internacionales.

Este reconocimiento que se le da a los derechos humanos, forzosamente nos lleva a la reflexión de que la Declaración Universal de los Derechos Humanos emitida por la Organización de la Naciones Unidas en el año de mil novecientos cuarenta y ocho, a sesenta y seis años no ha podido consolidar el objetivo de su creación, el cual consiste en *“reconocer una igualdad de derechos a todos los*

---

<sup>14</sup> Gaitán, Lourdes, Liebel, Manfred, *Ciudadanía y Derechos de participación de los niños*, España, Universidad Pontificia Comillas, Síntesis, 2013, p.18.

<sup>15</sup> González Ibarra, Juan de Dios, *Filosofía Jurídica, Filosofar en la globalización y el garantismo*, México, Porrúa, 2013, p. 2.

*hombres de la tierra, por el hecho de ser seres humanos, principio esencial del jusnaturalismo.*<sup>16</sup>

Al preámbulo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, se lee lo siguiente:

Considerando que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana;

Considerando esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de Derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión;

Considerando que los Estados Miembros se han comprometido a asegurar, en cooperación con la Organización de las Naciones Unidas, el respeto universal y efectivo a los derechos y libertades fundamentales del hombre [...]<sup>17</sup>

De lo anterior, se colige que frente a los derechos todos los seres humanos somos iguales, y las instituciones deben reconocer esos derechos en igualdad de condiciones sin distinción de sexo, origen étnico, color, edad, capacidad diferente, capacidad económica o social.

Al respecto, Oscar González, menciona que decir que todos tenemos los mismos derechos, que todos somos iguales ante la ley o que todos tenemos las mismas oportunidades, “*no es lo mismo que decir quién tiene en realidad y quién ejerce efectivamente esos derechos*”.<sup>18</sup>

---

<sup>16</sup> Guadarrama González, Álvaro, *Valores y Derechos de los Migrantes Mexicanos en América del Norte*, México, Porrúa, 2011, p. 37.

<sup>17</sup> Declaración Universal de los Derechos Humanos, consultada en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

<sup>18</sup> González, Oscar, *Los derechos humanos en México en el marco de la globalización*, en Müller Díaz, Luis T. (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2003, p. 77.

Y es que, en todos los lugares del mundo la globalización se proyecta de manera desigual. Pero precisamente, el respeto de los derechos humanos es indispensable para la inserción del proceso de globalización.

Es así como el desarrollo de los derechos de los niños forma parte de este fenómeno de expansión global de los derechos humanos, por lo que es evidente una protección especial para satisfacer o responder a las necesidades, que como niños enfrentan.

En ese sentido, existen ciertos principios que constituyen la base de los derechos humanos de los niños, como son: el de autonomía, el de igualdad y el de dignidad. Al ser estos los que resultan fundamentales y dada su combinación derivan en un catálogo completo de derechos humanos.<sup>19</sup>

En el caso concreto la autonomía puede ser analizada desde la perspectiva de que desde que nacemos manifestamos nuestras necesidades, y comenzamos a desarrollar el deseo de participación, al juego, al ser tomados en cuenta para un trabajo escolar, al deseo de ser escuchados cuando aprendimos una canción, con la única finalidad de conseguir nuestros objetivos, lo cual va creando en el niño la capacidad de tomar decisiones.

Respecto a la igualdad, se puede considerar la dificultad de pensar que los niños son iguales a los adultos, evidentemente no estamos hablando que se encuentran en una igualdad de necesidades, pero sí en una igualdad de derechos, derechos que se consagran en la Convención sobre los Derechos del Niño, la cual sostiene que los niños son iguales, y por lo tanto no se les podría dar un trato distinto, un trato desigual que se aleje de los derechos que corresponden a toda persona, contrario a ello se debe tratar a los niños igual y darles la adecuada satisfacción de esos derechos.

---

<sup>19</sup> González Contró, Mónica, *Propuesta teórico-metodológica...*, *op. cit.*, p. 57-58.

Coincidiendo con lo señalado por Rousseau, ya que sostenía que “*el niño no es un adulto en miniatura y su mente no es la mente de un adulto en pequeña escala*”.<sup>20</sup>

Vygotsky rompiendo con las concepciones del desarrollo infantil predominantes en la época, trata de enfatizar las peculiaridades de las funciones psíquicas superiores y las vías para lograr el estudio de su verdadera naturaleza. Existe una necesidad de diferenciar el proceso de evolución.<sup>21</sup>

Con estos planteamientos Vygotsky abre un amplísimo campo a la investigación y da un cambio radical a la comprensión de la esencia del desarrollo del niño y del lugar que ocupa en las condiciones de vida.

Es decir, no debemos pensar en el niño como si fuese un adulto, pero tampoco podemos pensar en el niño como si fuese un incapaz, y por ello negarle su condición de sujeto de derecho y no respetar su autonomía.

Por cuanto a la dignidad, se dice que, de acuerdo al principio de la dignidad, las personas deben ser tratadas según sus decisiones, intenciones o manifestaciones de consentimiento.<sup>22</sup>

La Real Academia Española dice que “digno” proviene (*Del lat. dignus*), que significa *merecedor de algo*,<sup>23</sup> cuando se habla de ser digno, se habla de una calidad humana aceptable.

Al respecto, Aparisi Miralles dice que la dignidad es un término que se aplica al hombre para señalar una peculiar calidad de ser para sostener que es persona y

---

<sup>20</sup> Vygotsky, Lev S, *Pensamiento y lenguaje*, México, Quinto Sol, 2003, p. 25.

<sup>21</sup> Vera Estrada, Ana, *La dimensión familiar en Cuba: pasado y presente*, Cuba, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, 2007, p. 218.

<sup>22</sup> González Contró, Mónica, *Propuesta teórico-metodológica...*, *op. cit.*, p. 59.

<sup>23</sup> Diccionario de la Real Academia Española, consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=did>

no sólo un individuo.<sup>24</sup> Se refiere a la existencia concreta, a la realidad misma del ser humano.

En la globalización la dignidad, es vital, pues se dice que la defensa de los derechos fundamentales (considerando que son todos los que provienen de esa dignidad), con sus garantías como instituciones o procesos que lo hacen eficaces, se convierte en un fin de la justicia universal ante la sociedad actual.<sup>25</sup>

El artículo 1° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, desde el punto de vista epistémico reconoce los derechos humanos y la dignidad, entendiendo a la persona como un ente portador de esos valores que implican el reconocimiento dado de los derechos humanos precisamente por su propia naturaleza humana. La expansión de los derechos humanos debe trascender a la titularidad de los mismos.

Nos enfrentamos a una complejidad conceptual de los derechos humanos, pues pareciera que los derechos humanos solo son predicables para las personas adultas, dejando de lado los derechos de los niños relegándolos a un ámbito inexacto. Sin embargo, la variabilidad de los derechos humanos condensa las exigencias de dignidad, libertad e igualdad en todas las personas.

Tapia Vega, sostiene que actualmente se considera que los derechos humanos son prerrogativas inherentes a todos los seres humanos, basadas en la idea de dignidad.<sup>26</sup>

---

<sup>24</sup> Aparisi Miralles, Ángela, *El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*, Cuadernos de Bioética, Revista N° 81, Vol. XXIV, España, Universidad de Murcia, 2013, p. 207.

<sup>25</sup> Cfr. González Ibarra, Juan de Dios, *Filosofía Jurídica*, op. cit., pp. 31-32.

<sup>26</sup> Tapia Vega, Ricardo, "El proceso en clave de Derechos Humanos. Hacia el ámbito del Derecho Privado", en Tapia Vega, Ricardo, Becerril, Anahiby, Oliva Gómez, Eduardo (coord.), *Hacia el ámbito del Derecho Privado*, Temas selectos 2, México, Eternos Malabares-UAEM, 2015, p. 58.



La propia Declaración Universal de los Derechos Humanos sostiene que “*todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos*”, es decir, la dignidad está presente desde el momento en el que nacemos, y por lo tanto debe respetarse y reconocerse. Por supuesto, la dignidad se debe ver reflejada en el respeto al interés de la toma de decisiones en los niños y en la participación de los asuntos que le afecten o en los cuales tenga un interés.

No pensar en lo anterior, nos llevaría a la absurda idea de elaborar un concepto que se determine como derechos humanos de los niños que sea otro muy distinto a los derechos humanos de las demás personas, y resultaría absurdo porque los derechos humanos es un concepto general que parte de las necesidades de las personas en las fases de su existencia humana.

Los derechos humanos en general parecieran inalcanzables para todas las personas, pero en específico los organismos internacionales y nacionales tienen un compromiso emergente que consiste en reclamar la verdadera efectividad y exigibilidad de los derechos humanos de todos los niños del mundo ya que los Estados Partes se comprometieron a garantizarlos.

Y es que precisamente la concepción del niño como titular de derechos gira alrededor de la realización de los derechos humanos, es decir, del nexo entre su titularidad y ejercicio; valorar las particularidades de ese vínculo en la persona menor de edad supone descifrar el nudo gordiano que plantea la relación niños-derechos.<sup>27</sup>

Uno de los derechos protegidos por la propia Convención que se ha invisibilizado en el interior de los procesos judiciales de índole familiar es el que nos lleva al análisis hoy de los derechos humanos de los niños, la pregunta es ¿Hasta cuándo tomaremos en serio los derechos de los niños?, parecería poco serio que

---

<sup>27</sup> Fanló Cortes, Isabel, *Viejos y nuevos derechos del niño. Un enfoque teórico*, Revista de Derecho Privado, N° 20, enero-junio, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011, pp. 105 a 126.

los niños sean parte de las controversias familiares en las que se encuentran involucrados sus intereses, es poco serio visto desde la perspectiva de un adulto, sin embargo, nos olvidamos que es un derecho establecido en una Convención que aquellos que la ratificaron se comprometieron a cumplir, bajo el principio *pacta sunt servanda* derivado de la Convención de Viena.

Ese derecho humano al que aludimos es el establecido en el artículo 12 de la propia Convención que establece que se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, que sus opiniones deben ser tomadas en cuenta en función de su edad y madurez.

Sin embargo, la Convención no plantea las condiciones para que se lleve a cabo la escucha del niño, siendo indispensable para la efectividad del objetivo que es que el niño exprese su opinión, y al no tener especificadas las condiciones de la escucha implica que se vean vulnerados sus derechos humanos.

Hacer realidad su derecho a ser escuchados matiza de forma razonable el alcance de la participación de los niños en las controversias de índole familiar, proteger éste derecho humano, está encaminado a proteger también su dignidad, pues ya existe un sistema internacional para su protección, que dice que los derechos de los niños son universales, indivisibles y exigibles, pero no existe la posibilidad por parte de los Estados Partes de que dicho derecho sea efectivo al momento de defender sus intereses.

### 1.3 Concepto e importancia de la globalización

Como lo habíamos planteado, la globalización hace que hoy en día ninguna disciplina del conocimiento o actividad humana escape a su proceso; invariablemente en algún momento, de manera directa o indirecta, impulsos, convicciones y voluntades ajenas a la vida interna de un Estado, lo terminarán afectando.

Refiere Cordoba Elias,<sup>28</sup> que podemos afirmar que fue a partir de la segunda mitad de los años ochenta del siglo XX, que el conjunto de las naciones asistieron a un ambiente de integración que nombraron globalización, para describir, explicar y analizar diversos procesos simultáneos.

A finales del siglo XX se ha acuñado el término de globalización para denominar a un fenómeno que si bien no es nuevo, pues es parte de un proceso de la humanidad.<sup>29</sup>

¿Qué debemos entender por globalización? Refiere Imer B. Flores<sup>30</sup> que el vocablo “globalización” connota la acción y efecto de globalizar, mientras que el término “globalizar” denota la idea de plantear o presentar algo de forma global, es decir, general, integral y total que puede ser considerado en conjunto; en ese contexto, entendemos a la globalización como la actividad y proceso que cuenta con acciones en todo el globo y proyecta tener efectos en la totalidad de éste.

En la actualidad, menciona el autor,<sup>31</sup> vivimos en una era de creciente internacionalización donde las acciones y efectos son internacionales, pero todavía no son totales, es decir, globales; es por ello que en esta investigación no bastaría que abarcáramos únicamente los aspectos internacionales sino que se perseguirá alcanzar el aspecto global, con la intención de obtener resultados que tengan un impacto total y no solamente en algunas partes.

La globalización actual es un fenómeno complejo, que impacta directamente aspectos fundamentales de la vida de las naciones, tales como la

---

<sup>28</sup> Córdoba Elías, Juan Pablo, *Reflexiones sobre la Globalización y el Estado-Nación Contemporáneo*, en Müller Díaz, Luis T., *Globalización y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2003, p. 17.

<sup>29</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2ª ed., México, UNAM-IIJ, 2012, p. 63.

<sup>30</sup> B. Flores, Imer, *Notas sobre Globalización y Derechos Humanos, a propósito de los claroscuros del 911*, en Müller Díaz, Luis T. (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2003, pp. 48-49.

<sup>31</sup> *Ídem*.

cultura, educación política y en general las visiones del mundo contemporáneo.<sup>32</sup> Este fenómeno ha propiciado nuevos espacios de conocimiento, y ha generado una tendencia de homogeneización de cultura y valores.

De la lectura realizada a Steve Smith y John Baylis, cuando hablan de la política mundial, señalan que por globalización debemos entender simplemente:

...el proceso de creciente interconexión entre las sociedades de tal manera que los acontecimientos en una parte del mundo cada vez más tienen efectos sobre los pueblos y las sociedades lejanas. Y que un mundo globalizado es uno en el que los acontecimientos políticos, económicos, culturales y sociales están cada vez más interconectado, y también uno en el que tienen más impacto.<sup>33</sup>

Si bien es cierto, la globalización ha logrado una interconexión global, ésta no se ha visto reflejada en todos los lugares al mismo tiempo, cierto es también, que las personas en un mundo globalizado han estado cada vez más dispuestas a dar valores a los derechos humanos, al crecimiento económico, a la integridad ecológica, entre otros, con mayor prioridad.

Es decir, el impacto que ha tenido la globalización, en la economía, en la sociedad, se caracteriza por este proceso mundial, los cambios de paradigmas, y las escalas de valores que adquiere cada país.

Refiere Castrillón y Luna que:

La globalización en su génesis y desarrollo se presenta como una constelación de fenómenos y procesos, de conceptos y usos que han emergido a partir de 1980 y cuyos principales factores, aspectos y polos se manifiestan en la conjunción y entrelazamiento de un nuevo orden internacional de alta concentración de poder a escala mundial como son; la tercera revolución industrial y científica tecnológica,

---

<sup>32</sup> Mesino Rivero, Ledis, *La globalización económica y sus implicaciones socio-culturales en América Latina*, Revista de Ciencias Sociales, Vol. 15, núm. 1, abril, Venezuela, 2009, p.127.

<sup>33</sup> Krugman, Paul R. y Maurice Obstfeld, *International Economics, Theory and Policy*, Boston, Addison Wesley, 2009, pp. 227-249.

la transnacionalización de las empresas, una nueva división mundial del trabajo y un proyecto político de globalización que corresponde a un nuevo modelo de crecimiento neocapitalista.<sup>34</sup>

Así como lo refiere el autor, todos esos procesos que se manifiestan en la mayor parte del planeta multiplican los nexos e interacciones entre los Estados y sociedades con consecuencias significativas a escala diversa, con una real tendencia hacia la unificación.<sup>35</sup>

Aunque muchos países lo nieguen, el concepto de soberanía juega un papel trascendente en el esquema de la globalización, ya que si bien hay una notable tendencia de todos los Estados a la internacionalización de varios aspectos de su vida, como la económica-comercial y la de derechos humanos, todavía los Estados, mantienen esquemas de recepción del derecho internacional que responden a su historia e intereses particulares.<sup>36</sup>

Pero ¿Por qué pensar que la protección de los derechos de los niños es un tema de globalización? Pues bien, desde que se crea la Convención sobre los Derechos del Niño y desde el momento en que es firmada y ratificada por la mayoría de los Países es indudable su aplicación, sin embargo, son muchos los pendientes para que esa aplicación se cumpla de forma cabal, y es precisamente esa carencia de aplicación, un problema global.

### 1.3.1 Teoría de globalización de Jaime Estay

La globalización hace cada vez más evidente la existencia de una estructura productiva mundial, y por tanto de la economía mundial y del mercado mundial.<sup>37</sup>

---

<sup>34</sup> Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Tratado de Derecho Mercantil*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011, p. 1233.

<sup>35</sup> *Ídem*

<sup>36</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional*, op. cit., pp. 41 y 41.

<sup>37</sup> Estay Reyno, Jaime, *La economía mundial y América Latina: tendencias, problemas y desafíos*, 1ª ed., Argentina, Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales Clacso, 2005, p. 43.

Estay sostiene que la globalización provoca transformaciones profundas en las relaciones capital-trabajo, capital-recursos naturales. Así el resultado de la globalización ha impulsado una reestructuración no sólo económica sino social en los países, lo que genera un cambio en la realidad jurídica.

En teoría del autor dice que, dentro de las apologías de la globalización, ésta es presentada con distintas mezclas de fatalismo histórico y de optimismo desbordante, señala que:

Por una parte, ante ella nada se puede hacer, salvo asumirla y crear condiciones para su plena y rápida internacionalización; por otra, aun cuando existieran alternativas y/o márgenes de acción, no tendría sentido aprovecharlas y, menos aún, crearlas si no estuvieran ya construidas ya que de la globalización sólo pueden resultar efectos positivos para todos los países y para todas las personas.<sup>38</sup>

### 1.3.2 ¿Cómo hacer que funcione la globalización? Teoría Stiglitz

Actualmente ninguna disciplina del conocimiento o actividad humana escapa de la globalización, y es que a decir del autor:

El proceso de globalización acelerada que hemos presenciado en las últimas décadas ha sido una poderosa fuente de cambio social, al impulsar las economías nacionales, profundizar sus relaciones internacionales y, también, afectar muchos aspectos de la vida económico-social, política y cultural.<sup>39</sup>

Al parecer la globalización ha sido el tema constante de investigaciones pues tiene sus pros y sus contras, menciona Stiglitz que:

---

<sup>38</sup> *Ídem.*

<sup>39</sup> Benería, Lourdes, *Mercados globales, género y el hombre de davos*, La Ventana, N° 10/1999, consultada en: [http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc\\_basicos/5\\_biblioteca\\_virtual/2\\_genero/26.pdf](http://www.catedradh.unesco.unam.mx/SeminarioCETis/Documentos/Doc_basicos/5_biblioteca_virtual/2_genero/26.pdf), p. 8.

La globalización ha reducido la sensación de aislamiento experimentada en buena parte del mundo en desarrollo y ha brindado a muchas personas de esas naciones acceso a un conocimiento que hace un siglo ni siquiera estaba al alcance de los más ricos del planeta.<sup>40</sup>

Joseph Stiglitz plantea que si deseamos que la globalización funcione debemos seguir ciertos pasos, por ejemplo: lograr que el comercio internacional sea justo no sólo en teoría, sino también en la práctica; tal como veremos más adelante la globalización en cuanto al contexto de los derechos de los niños ha generado cambios en el ordenamiento jurídico y por ende en la sociedad que se encuentra inmersa en la globalización, no obstante, dichos cambios sólo han producido modificaciones teóricas que pocas veces llegan a la práctica, tal es el caso de la participación de los niños en los procesos judiciales donde sus derechos se ven afectados.

Y es que un aspecto importante del mundo globalizado es que, a pesar de sus defectos, gracias a ésta se han visto beneficiadas muchas personas en particular los grupos vulnerables, por lo que no debemos olvidar las ventajas que la globalización ha traído, si los países en desarrollo no la aceptaran simplemente no crecerían.

Podemos decir que la globalización no solo es visible en dinero y productos sino un cambio social que va acompañado de diversos factores:

... implica la integración económica cada vez más estrecha de todos los países del mundo a través del flujo creciente de bienes y servicios, capital e incluso trabajo. Su gran esperanza es que eleve el nivel de vida de la gente en todo el mundo: que facilite el acceso de los países pobres a los mercados internacionales de modo que puedan vender sus productos, que permita captar inversiones extranjeras, para fabricar nuevos productos a precios más baratos y que abra las fronteras para

---

<sup>40</sup> Stiglitz, Joseph E., *El malestar en la globalización*, Traducción de Rodríguez Brown, Carlos, España, Santillana Ediciones Generales, 2007, p. 37.

que la gente pueda viajar al extranjero con el fin de formarse, trabajar y mandar a su hogar remesas con las que ayudar a sus familias y crear nuevas empresas.<sup>41</sup>

La globalización ha permitido que países asuman compromisos derivados de los instrumentos internacionales, referentes a los derechos de los niños, compromisos que sin la globalización serían aún más complicado visibilizarlos.

Es cierto que a pesar de ello la globalización no ha logrado su propósito, cierto es también que la reacción mundial cada vez más vehemente contra la transgresión del derecho de los niños a ser escuchados en los procesos familiares y la falta de condiciones y políticas públicas constituyen un cambio significativo, que requiere ser abordado con éste carácter global para lograr que influya de forma internacional.

Stiglitz sostiene que gran parte de los problemas aparejados con la globalización están vinculados a un mal accionar de las instituciones, refiriéndose a las instituciones económicas internacionales, no obstante, señala que lo que se necesita es replantear la globalización y rediseñar los organismos internacionales.<sup>42</sup>

De acuerdo a esta perspectiva, el Estado cumple una función estratégica para que cualquier sociedad y economía se desarrollen con eficacia y sentido humano.<sup>43</sup> Lo que busca Stiglitz es una perspectiva equilibrada del papel del Estado, donde se reconozcan sus limitaciones y fallas, pero también las de los mercados, que pretende acercar a ambos para que actúen en forma conjunta como socios.

En nuestra opinión para que la globalización funcione como debiera se requiere que las instituciones garanticen y respondan a los requerimientos de los

---

<sup>41</sup> Stiglitz, Joseph E., *Cómo hacer que funcione la globalización*, México, Taurus, 2010, p. 15.

<sup>42</sup> Torres Frago, Jaime, *Teorías en torno a la globalización y sus implicaciones para el desarrollo económico latinoamericano*, México, Revista Economía Informa, N° 391, marzo-abril, 2015, p. 42.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p.45.



sectores más desprotegidos y vulnerables, pensar en la globalización como lo dice el autor con un rostro más humano.

En esa tesitura el desarrollo de la globalización consiste en lograr una transformación de la sociedad, siendo responsabilidad del Estado.

### 1.3.3 Octavio Ianni, y la globalización.

La globalización desde la perspectiva de Ianni está presente en la realidad y en el pensamiento de todo el mundo, y es que las condiciones en las que se forma la sociedad global plantea desafíos para las sociedades globales.

Sostiene que el mundo se ha mundializado, de tal manera que el globo dejó de ser una figura astronómica, en ese sentido el cambio de la vida social comprende evidentemente la globalización.<sup>44</sup>

Los problemas que preocuparon a los investigadores después de la segunda guerra mundial es el conocimiento de las realidades internacionales emergentes o realidades propiamente mundiales.<sup>45</sup>

Es importante traer a colación la teoría de Ianni a la investigación dado que está siendo recubierta y asimilada por la sociedad global, que a su vez exige nuevos conceptos y diferentes interpretaciones.

Sostiene el autor que ya son muchos los que piensan a la sociedad en el ámbito transnacional, mundial o propiamente global aun cuando no están utilizando esta noción incluso cuando siguen pensando en nación.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Ianni, Octavio, *Teorías de la globalización*, México, Siglo XXI editores CEIICH-UNAM, 1996, p. 9

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 13

<sup>46</sup> *Ibidem*, p. 159

En ese contexto, señala que:

La globalización en curso a fines del siglo XX puede ser algo muy nuevo, a pesar de la impresión de que parece solo continuidad. La humanidad de la que se hablaba en el pasado era una idea, una hipótesis, una utopía. La globalización que preanuncia el siglo XXI está ahí, dada, evidente, esperando ser pensada, revelando a la humanidad como ella comienza a ser.<sup>47</sup>

Siguiendo esa tesitura, todas las ciencias sociales se enfrentan al nuevo desafío epistemológico, la transformación local que parte de la globalización, así los derechos de los niños deben pensarse no desde un contexto local sino de un contexto global pues la globalización ha intensificado las relaciones sociales en escala mundial que ligan localidades de tal manera que la protección de los derechos debe ser igual de un lugar a otro, de una entidad a otra, de un país a otro.

Parafraseando a Ianni quien quiera investigar una institución local, como es el caso de la escucha de los niños en los procedimientos familiares para que se les escuche bajo las condiciones adecuadas, debe estudiarse forzosamente a nivel global, pues si algo ha traído éste paradigma no solo son condiciones de igualdad sino principalmente de desigualdad.

Como bien lo dice el autor, no es suficiente que se transfieran conceptos, categorías o se realicen interpretaciones sobre la sociedad nacional hacia la global, sino que el trabajo de entender la globalización implica la ampliación de la sociedad nacional.

Finalmente, señala que la globalización se refiere a todos los procesos por medio de los cuales los pueblos del mundo son incorporados a una única sociedad mundial, la sociedad global, globalismo es una de las fuerzas que actúan en el desarrollo de la globalización.<sup>48</sup>

---

<sup>47</sup> *Ibidem*, p. 162.

<sup>48</sup> *Ibidem*, p. 167.

### 1.3.4 La globalización según Marcos Kaplan

En la tesitura que estamos siguiendo debemos establecer a la globalización como el proceso social, desde el punto de vista de Kaplan:

... la globalización expresa o constata, de muy variadas maneras, tendencias hacia la unión de las poblaciones del planeta en una economía única, a la cual podrían además ir correspondiendo una sociedad, una cultura, un sistema político, quizá un Estado, en mayor o menor grado mundiales. En especial, se suele afirmar la necesidad y conveniencia, aclamadas o lamentadas, la fatalidad e irreversibilidad, de un eclipse y disolución de todo lo que sea nacional, y, sobre todo, de debilitamiento, del Estado-nación soberano, de su reducción a una posición subalterna, incluso su más o menos rápida extinción.<sup>49</sup>

Superada la fase del Estado-nación, los marcos de la ciudad estallan, se amplían los horizontes y los márgenes de acción de los individuos se emancipan, se sienten ciudadanos de un mundo más abierto. Se diversifican las divinidades, se desarrolla el escepticismo, el racionalismo, el individualismo, diferentes morales.

Refiere Kaplan que la crisis a la Segunda Guerra Mundial, la crisis de 1929 y la Gran Depresión que la prolonga y amplifica, tiene respuestas nacionales variadas, pero al final de la década, la Segunda Guerra Mundial estalla, se da un surgimiento espectacular de nuevas tecnologías, muchas de las cuales irán constituyendo parte de la infraestructura tecnológica de la transnacionalización y la mundialización.<sup>50</sup>

Así la llamada globalización, es la culminación de la internacionalización como tendencia histórica universal, resulta y es constituida por la convergencia, el entrelazamiento, el mutuo refuerzo y la acumulación de fuerzas, actores, caracteres, procesos y efectos. Unas y otros existen y actúan ante todo como coproductores y

---

<sup>49</sup> Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, México, UNAM, 2002, p. 14.

<sup>50</sup> *Ibidem*, pp. 201-202.

coorganizadores de la globalización, pero deben ser retomados y tenidos en cuenta en tanto contribuyen al desarrollo e intervención del Estado y su soberanía, y como sus limitantes de la soberanía del Estado.

El autor se pregunta sobre la muerte del Estado-Nación soberano, se contesta que el Estado en la globalización está sometido a una dialéctica contradictoria, por una parte, se debilita, por la otra parte, se da la continuidad y el fortalecimiento, ambas dinámicas se oponen y se refuerzan mutuamente.<sup>51</sup>

Traslademos esto a una reforma estructural en México como la de junio del 2011 en la que pareciera que, dada la globalización se fortalecieron los derechos humanos, sin embargo, hoy en día han existido una serie de contradicciones desde lo cultural hasta lo jurídico, con las interpretaciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y por otra se refuerza el centralismo del Poder Ejecutivo.

Finalmente, Kaplan sostiene que la globalización se revela como un proceso que nadie termina de controlar, por carencia de regulación política y jurídica, y tendencias al debilitamiento del Estado, su soberanía y poderes, especialmente en sus dimensiones rectoras, productivas y social- benefactoras.<sup>52</sup>

La globalización debe enfocarse en el sentir del derecho interno de cada Estado, y debe ir evolucionado a la par de la humanidad.

#### 1.4 Los derechos del niño en el contexto de la globalización

Luego de la Segunda Guerra Mundial, con la aparición de las Naciones Unidas y otros órganos internacionales, el derecho internacional tomó una nueva tendencia, se humanizó y mundializó.

---

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 411.

<sup>52</sup> *Ibidem*, p.394.

No en vano, durante la segunda mitad del siglo XX se suscribieron, aprobaron y ratificaron por un número importante de países del orbe una gran cantidad de tratados y pactos internacionales<sup>53</sup>, entre los que destacan la Convención sobre los Derechos del Niño, existiendo todo un sistema de Naciones Unidas.

La creación de una convención internacional surge al considerar a los niños como grupo vulnerable, que lucha por tener un lugar en la sociedad; sin embargo, la idea de que los niños deben gozar de sus propios derechos no ha tenido demasiada aceptación, ni antes de la Segunda Guerra Mundial, ni después de la misma.

Sostiene Isaac Ravetllat que, no obstante que cuando la necesidad de unos derechos específicos para las personas menores de edad empezó a ser reconocida, su inserción definitiva en un documento internacional todavía tardó un centenar de años en producirse.<sup>54</sup>

Como se ha mencionado, la Convención sobre los Derechos del Niño, contempla la exigibilidad de los derechos inalienables de los niños, razón por la que es uno de los instrumentos internacionales de derechos humanos que más cobran relevancia, al ser ratificada por la mayoría de los países, está dirigida a un número considerable de población mundial, ya que a raíz de dicha aprobación se considera globalmente a los niños como titulares indiscutibles de derechos humanos al ser sujetos de derechos.

Pero considerar a los niños globalmente sujetos de derecho no es la única tarea de la globalización, sino la verdadera aplicación de los derechos humanos a través de una asimilación social; razón por la cual la Convención en todo momento

---

<sup>53</sup> Arturo Hernández, Carlos, *Globalización y Derecho*, Colombia, Universidad Libre, 2010, p.136.

<sup>54</sup> Ravetllat Ballesté, Isaac, *Aproximación histórica...*, *op. cit.*, p. 63.

nos recuerda que es el Estado el que está obligado a garantizar el derecho establecido.

Siendo así que uno de los temas pendientes globalmente es precisamente la carencia en la aplicación del contenido de la Convención, menciona Carlos Villagrasa que el gran desafío de la Convención sobre los Derechos del Niño es el reconocimiento de los niños como sujetos de pleno derecho, con personalidad propia y necesidades individuales, y con derecho a tomar parte de las decisiones que le conciernen, agregando que se trata de una respuesta global de garantizar el ejercicio y la exigibilidad de los derechos de la infancia.<sup>55</sup>

Amartya Sen (Premio Nobel de economía 1998) decía que una forma de conceptualizar la pobreza consistía en las capacidades humanas;<sup>56</sup> y es precisamente en la que podemos ubicar a los niños, pues la conceptualización económica de pobreza es parcial y arbitraria ya que no tiene en cuenta los funcionamientos, es decir, la capacidad de las personas para vivir en una vida larga y saludable y para tomar decisiones libres e informadas.

Esta capacidad va de la mano de la exclusión social, también considerada una forma de pobreza por la Comisión Europea, al establecer que la exclusión social es el proceso mediante el cual los individuos o grupos sociales son total o parcialmente excluidos de una participación plena en la sociedad en que viven.<sup>57</sup>

Lo anterior, en analogía, se puede explicar que los niños son parcialmente aceptados por la sociedad como sujetos titulares de pleno derecho, pero excluidos de participar en las discusiones, de debatir acerca de sus necesidades y

---

<sup>55</sup> Villagrasa Alcaide, Carlos, Ravetllat Ballesté, Isaac, *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*, España, Bosch, 2009, p. 57.

<sup>56</sup> Vegara Carrió, Josep María, *La obra de Amartya Sen*, España, Universidad Autónoma de Barcelona-Universidad Pompeu Fabra, 2016, consultada en: <https://revistas.ucm.es/index.php/IJHE/article/download/54626/49867>

<sup>57</sup> Ramírez Cleves, Gonzalo, *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación*, N° 81, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales-Universidad Externado de Colombia, 2009, p. 12.

prioridades, negándoles en la mayoría de las ocasiones la posibilidad de ejercer sus derechos.

Sin embargo, el proceso de globalización lejos de ser lineal resulta contradictorio a saber de Twining ya que sostiene que la globalización tiene lugar a través de un proceso aparentemente dialéctico, en el cual nuevas formas de globalización se presentan junto con nuevas o renovadas formas de localización, pero por otro lado dice que es selectivo y tiene tensiones.<sup>58</sup>

En este proceso de globalización los niños tienen una protección en ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales y un reconocimiento como titulares de derechos, pero en la realidad social no tienen la posibilidad directa y efectiva de sus derechos, esa exigibilidad de derechos es considerada un problema global, pues se continúa tratando los derechos de los niños como derechos que depende de los padres o bien de decisiones judiciales para garantizar su cumplimiento.

Esto explica que las Constituciones más modernas hagan hincapié en los derechos humanos realizando la incorporación derivada del derecho internacional, incluso ampliando el marco jurídico, sin embargo, el reto es que ése movimiento permee en la aplicación.

Siendo que los derechos establecidos en el plano internacional han sido pocas veces protegidos e ineficaces, el jurista inglés Twining hace un paragón de la globalización con las matrioskas (muñecas rusas), al decir que la teoría general del derecho debe comprender los diferentes espacios de regulación: global, regional, internacional, estatal y local, para poder cumplir integral y cordialmente con el cometido de la protección efectiva de los derechos de los más débiles y así evitar una violación masiva de los derechos humanos.<sup>59</sup>

---

<sup>58</sup> Twining, William, *Derecho y Globalización*, 1ra reimpresión, traducción de Gurdiola-Rivera, Oscar, Sandoval Villalba, Clara, Colombia, Siglo de Hombre Editores- Instituto Pensar- Universidad de los Andes, 2005, p. 225.

<sup>59</sup> *Ibidem*, p. 124.

La esencia de la globalización va ligada a la importancia que adquieren los tratados internacionales, sobre todo su aplicación en el interior de los Estados, quienes necesitan revisar y adecuar, sus sistemas de recepción, así como su legislación interna para que sean compatible con los estándares de solución de controversias.<sup>60</sup>

Refiere Nuria González que no está demás perfilar en esta globalización que nos imbuye, la necesidad de replantear el cumplimiento del papel de los padres y su limitación en la capacidad de las funciones familiares.<sup>61</sup>

En el ámbito global se evidencia una ausencia de acuerdos y regulaciones que visibilicen y hagan participes a los niños, por lo cual el derecho internacional tiene que hacer uso de otro tipo de fuentes normativas, además de la Convención sobre los Derechos del Niño, existen organismos creados por los instrumentos internacionales, como es el caso del Comité de los Derechos del Niño que emite informes, observaciones y lineamientos, así como de los principios del derecho internacionales *ius cogens* (costumbre internacional) y el *soft law*; a pesar de que éstos han sido importantes para la interpretación de los derechos humanos de los niños, todavía se encuentran en un nivel de eficacia muy bajo, debiendo ser reforzado, lo cual consideramos se logra con la aprobación y ratificación de los Protocolos Facultativos, fortaleciendo así la efectividad de los derechos de los niños.

### 1.5 El niño como sujeto de derecho

Sin lugar a dudas uno de los temas más controvertidos en los últimos años en materia de derechos de los niños es la concepción de los niños como sujetos de derechos, pero ¿Realmente entendemos su alcance jurídico?

---

<sup>60</sup> Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional op. cit.*, p. 64.

<sup>61</sup> González, Nuria, Carbonell, José, Carbonell, Miguel, *Las familias en el siglo XXI: Una mirada desde el Derecho*, México, UNAM-IIJ, 2012, p. 70.



Hoy en día la sociedad dice ser pro derechos humanos y eso está en nuestra Constitución, Leyes, Códigos, instrumentos internacionales en los que se alude la urgente protección y reconocimiento de los niños como sujetos de derechos; pero es evidente que sólo se queda en el papel y en el discurso.

Decir que los niños son sujetos de derechos significa reconocer a éstos como titulares indiscutibles de derechos humanos, para lo cual se necesita una asimilación social para que exista una realización plena de sus derechos, esa exigibilidad y reconocimiento los niños como sujetos de derechos deriva de la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

Menciona Carlos Villagrasa que la aplicación efectiva de la Convención debe superar los obstáculos de cada contexto nacional, a partir de tres vías:<sup>62</sup>

- Del reforzamiento de los derechos de la infancia y de la adolescencia como derechos humanos,
- Del cumplimiento de los compromisos asumidos a través de los tratados internacionales y sus protocolos facultativos,
- De la respuesta a las reivindicaciones de la propia infancia y adolescencia expuesta a través del ejercicio de su derecho de participación.

Asumir que los niños son sujetos de derechos en el ámbito internacional y que los Estados Partes están obligados a reconocerlos como titulares de derechos garantiza que esos derechos sean exigibles en cualquier cultura, al mismo tiempo de favorecer el respeto a su dignidad y a su desarrollo integral, asimismo favorece el proceso de autonomía progresiva y asegura que los niños sean verdaderos protagonistas de sus derechos.

Al respecto, Isaac Ravetllat menciona que la Convención ofrece un panorama en el que la persona menor de edad es un individuo, además de miembro

---

<sup>62</sup> Villagrasa Alcaide, Carlos, Ravetllat Ballesté, Isaac, *Por los derechos de la infancia...*, *op. cit.*, p. 14

de una familia y de una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a sus distintas etapas de desarrollo y crecimiento.<sup>63</sup>

Y sostiene que se deben abandonar aptitudes paternalistas o caducas convenciones educativas en que los niños, niñas y adolescentes son contemplados todavía como en función de lo que puedan llegar a ser y no por lo que preguntan, sienten y necesitan en tiempo real.<sup>64</sup>

En ese sentido ser sujetos de derechos implica terminar con las antiguas teorías de que los adultos son los portavoces de los derechos y necesidades de los niños, y no los propios niños.

La Convención refleja una nueva perspectiva en torno a las personas menores de edad, ya que los niños dejan de ser vistos como propiedad intrínseca de sus progenitores, para pasar a ser contemplados como plenos ciudadanos, destinatarios de sus propios derechos.

Ésta titularidad de derechos está íntimamente relacionada con el principio del interés superior, establecido en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que a decir de Acuña:

Conforme al principio del interés superior del niño, la persona menor edad es un sujeto de derechos, un titular autónomo de derechos distinto de sus progenitores, aun cuando su autonomía se encuentre en progreso y no esté plenamente desarrollada: el núcleo del principio y norma jurídica del interés del niño está, por consiguiente, en considerar que el niño, niña y adolescente es ante todo persona.<sup>65</sup>

Además del interés superior del niño, la autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y el derecho del niño a expresar su opinión y a que ésta

---

<sup>63</sup> *Ibidem*, p. 58

<sup>64</sup> *Ídem*

<sup>65</sup> Acuña San Martín, Marcela, *Efectos jurídicos del divorcio*, Chile, Thomson Reuters, 2011, p. 441.

se tenga debidamente en cuenta en todas las decisiones que le afecten, también se encuentran ligados a la concepción del niño como sujeto de derechos.

En ese contexto, el que los niños sean sujetos de derechos implica esa titularidad, exigibilidad y autonomía, tal como lo señala Couso al referir que:

[...] para la Convención sobre los Derechos del Niño, la reconducción del interés superior del niño a los derechos implica algo más: implica, sobre todo, que para definir el interés superior de un niño será determinante la propia visión del niño, como titular de los derechos, sobre cuáles son sus intereses, o sobre cómo y cuándo quiere ejercer sus derechos. Un titular de derechos reclama para sí un rol protagónico en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos. Esto vincula estrechamente este principio del interés superior del niño con el principio de autonomía.<sup>66</sup>

Como hemos podido apreciar, el alcance que tiene considerar al niño como sujeto de derecho en los Tribunales de Familia a nivel global provoca un verdadero desafío, y es que ser titulares de derechos, conlleva la facultad de ejercerlos por sí mismos, es decir, existe una facultad limitada de los padres u otros adultos de representar a los niños en el ejercicio de sus derechos humanos, en las controversias de carácter familiar.

Como veremos más adelante, los padres tendrán la facultad de encaminar a los niños en su desarrollo integral, para que éstos vayan adquiriendo progresivamente la facultad de ejercer sus derechos, facultad que irá evolucionando durante su desarrollo, pero cabe aclarar que ser sujetos de derechos también implica que ejerzan su derecho a renunciar al ejercicio de los mismos. A esto Couso le llama *“conferirles progresivamente cada vez un mayor protagonismo en la definición de sus vidas conforme a sus preferencias”*.<sup>67</sup>

---

<sup>66</sup> Couso Salas, Jaime, *El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído*, Revista de Derechos del Niño, Números Tres y Cuatro, Chile, UNICEF, 2006, p.148.

<sup>67</sup> *Ibidem*, p. 151.

En esa tesitura, cuando nos referimos al derecho del niño a ser escuchado, resulta fundamental considerar al niño como sujeto de derecho, ya que la posibilidad de expresar libremente sus propias opiniones conlleva no solamente la posibilidad de exteriorizarlas sino también de que éstas mismas sean tomadas en cuenta por quienes tienen la autoridad de decidir, lo cual, trae consigo un cambio en la participación de los niños en la toma de sus propias decisiones y, por ende, en la defensa de sus derechos.

Dice Ferrajoli que *un sujeto adscrito en una norma jurídica, con la condición de sujeto, presupone la idoneidad para ser titular de situaciones y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.*<sup>68</sup>

En ese contexto, tratar a los niños como verdaderos sujetos de derechos como vemos, no es tarea fácil, pero tampoco es algo difícil, tomar en serio dicha titularidad de derechos puede significar un cambio radical en la vida de los niños, pero también en las instituciones jurídicas que tienen la ardua labor de resolver las controversias familiares.

#### 1.5.1 Principios rectores de la Convención sobre los Derechos del Niño

El Comité de los Derechos del Niño para conferir un grado de homogeneidad al texto de la Convención sobre los Derechos del Niño redistribuyó en seis bloques el articulado del texto internacional, dicha estructura se encuentra en la Observación General número 14, del 20 de noviembre de 1996, documento en el que se plasman las orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del párrafo primero del artículo 44 de la Convención (medidas generales de aplicación; principios generales o rectores; derechos y libertades civiles; entorno familiar y otro tipo de tutela; capacidades especiales, salud básica y bienestar;

---

<sup>68</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías*, op. cit., p.37.

educación, esparcimiento y actividades culturales; y, finalmente, medidas especiales de protección).

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene 54 artículos mismos que deben ser leídos e interpretados a la luz de cuatro principios rectores, a saber:

La *no discriminación*, que supone la igualdad de derechos para todos los niños, independientemente de su raza, color, idioma, sexo, origen nacional, étnico o social, posición económica, capacidad diferente o cualquier otra condición; éste principio se encuentra en su artículo 2°.

El *interés superior del niño*, estipulado en el artículo 3°, que establece la plena satisfacción de los derechos humanos del niño, consiste en que cuando ocurran conflictos de interés, prevalezca el que resulte con mayor beneficio para los niños; este principio forma parte integrante del sistema jurídico de protección de los derechos de los niños, pudiendo ser considerado un principio general del derecho.

La *supervivencia y desarrollo del niño*, contenido en el artículo 6° del propio texto internacional son considerados como principios básicos, pues garantizan el derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, así como la accesibilidad del Estado de garantiza a los niños los anteriores principios, exigiéndole la obligación de concretar medidas de protección en todos los ámbitos, para alcanzar su desarrollo pleno, su desarrollo integral.

Finalmente, *la participación*, desarrollado en el artículo 12 de la Convención, que tiene una importante vinculación con el interés superior, pues hasta antes de la Convención, considerar la opinión de los niños era una mera opción, sin embargo, este principio contiene el derecho de los niños a ser escuchados, y por lo tanto a ser respetada su opinión.

Es así que el Comité destaca de entre todos los artículos del texto internacional cuatro principios rectores, y los posiciona en primer lugar considerándolos como principios generales informadores de todo el sistema.

### 1.5.1.1 Del interés superior del niño

Uno de los principios rectores de la Convención más controvertidos por cuanto a su interpretación es precisamente el interés superior del niño, ya que la doctrina no parece estar en predisposición de alcanzar un acuerdo unánime acerca de su real significado.

Sin embargo, el objetivo primordial del artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, es velar porque el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño se observe en todas las decisiones y medidas relacionadas con las personas menores de edad.

Lo anterior, significa que en todos los asuntos en los que se vea afectado un niño, deberá ser una consideración primordial su interés superior, debiendo ser éste atendido preferentemente.

En un contexto axiológico, el principio del interés superior del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con el pleno aprovechamiento de sus potencialidades.<sup>69</sup>

En la opinión consultiva 17/2002<sup>70</sup> la Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que este interés debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que este niño pueda gozar de todos sus derechos y así permitirle el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.<sup>71</sup>

---

<sup>69</sup> Caso Bulacios vs Argentina sentencia emitida por la CIDH septiembre del 2003 en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_100\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf).

<sup>70</sup> Opinión Consultiva 17/2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

<sup>71</sup> La opinión consultiva ha sido fundamental en el avance a ciertos temas relativos a la interpretación de la Convención Americana véase Rábago Dorbecker, Miguel, El Avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de*

Asimismo, la reciente Observación General número 14 del año 2013, emitida por el Comité de los Derechos del Niño, sostiene:

Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.<sup>72</sup>

Esta Observación aduce sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, sostiene que la Convención sobre los Derechos del niño parte de un principio radical:

El interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda al criterio de los Estados. La rotundidad de este postulado se deriva de la posición de partida de los niños, que tienen menores posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, en unos ámbitos de decisión que no están pensados para que ellos participen. Desde la perspectiva sociológica, el Comité afirma que -si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.<sup>73</sup>

Cabe mencionar que la terminología utilizada en el artículo 3° del texto internacional sugiere que cualquier individuo que actúe o adopte decisiones que afecten directa o indirectamente a los niños deberá atender a su interés superior. Lo cual incluye gobiernos, instituciones públicas o privadas, autoridades administrativas, tribunales, órganos legislativos y sujetos en particular llámese progenitores o tutores.

---

*Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007, pp. 223-271.

<sup>72</sup> Observación general 14/2013, consultada en:

[http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf)

<sup>73</sup> Véase: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf), consultado el 23 mayo 2015.

Tal como se ha mencionado el concepto del interés superior no ha sido definido por el legislador, pero sin duda se ha discutido doctrinariamente si es un derecho en sí o simplemente es un orientativo a la hora de adoptar una decisión. En todo caso, el Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N°14 del año 2013, señala que su objetivo es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos que le son reconocidos a los niños y su desarrollo holístico y por tanto, se trata de un derecho sustantivo, un principio de interpretación, pues siempre ante una norma que admite interpretaciones se elegirá la que satisfaga de modo más pleno el interés superior del niño y una norma de procedimiento en el sentido que cuando se tenga que tomar una decisión que afecte a uno o más niños en concreto deberá estar siempre presente.<sup>74</sup>

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos reitera que:

[...] conviene observar que para asegurar, en la mayor medida posible, la prevalencia del interés superior del niño, el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que éste requiere “cuidados especiales”, y el artículo 19 de la Convención Americana señala que debe recibir “medidas especiales de protección.”<sup>75</sup>

Es decir, el principio del interés superior del niño, va más allá del ámbito jurídico, pues no obstante que el artículo 18 de la Convención reconoce el derecho y la responsabilidad de los progenitores en la crianza y educación de sus hijos, así como el deber del Estado de promoverlo y garantizarlo, señala que los progenitores ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño.

En corolario, los roles parentales no suponen una facultad absoluta, sino que, por el contrario, se trata de derechos limitados en virtud del principio rector del interés superior del niño.

---

<sup>74</sup> Observación general 14/2013.

<sup>75</sup> Opinión Consultiva 17/2002.



### 1.5.1.2 De la autonomía progresiva, un principio regulado en el ámbito internacional

La Convención sobre los Derechos del Niño aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el año de 1989, tiene su mérito al haber considerado globalmente a los niños como titulares de derechos humanos, y poner en marcha la asimilación social, así como la plena realización de los derechos de los niños, lo cual ha sido un arduo trabajo para los Estados Partes.

Pero también, en implementar uno de los principios más controvertidos y menos entendidos cuando hablamos de titularidad de derechos, nos referimos al principio de autonomía progresiva, consagrado en el artículo 5°, el cual considera que los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres, o bien de los miembros de familia ampliada o comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención a la que se hace alusión. Estableciendo dicho artículo la evolución de facultades de los niños.

Este artículo debe ser interpretado, sí como la responsabilidad de los padres respecto al cuidado y orientación hacia los niños, pero una responsabilidad respecto al interés superior del niño más no un derecho absoluto sobre ellos.

Es así que la autonomía progresiva, es un principio reconocido en la norma internacional. Dicha Convención sostiene que en todas las decisiones en las cuales se vean involucrados derechos de los niños, se deben tener en cuenta sus intereses, asimismo establece que el Estado debe respetar el derecho y la obligación de los padres de guiar y aconsejar a los niños en el ejercicio de sus derechos y en el desarrollo de sus capacidades, así como, garantizar su supervivencia y su crecimiento, proporcionando todo lo que necesitan para su desarrollo.

Pero ¿Qué hace controversial hablar de este principio? La respuesta está en la responsabilidad parental, dice Espejo Yaksic, que “suele indicarse que los padres tienen, en relación a sus hijos, una posición jurídica compleja descrita como ‘derecho-deber’”, alude que la Convención sobre los Derechos del Niño ha ido imponiendo nuevos estándares jurídicos para regular las relaciones paterno filiales pero que este escenario suele generar confusiones respecto al correcto uso y definición de los términos derechos, deberes y privilegios.<sup>76</sup>

Es decir, los niños al ser considerados sujetos de derechos, como lo señala la propia Convención sobre los Derechos del Niño, se les está concediendo una capacidad de obrar anticipada y, al ser portadores de derechos, la facultad de ejercer de forma gradual los mismos, y no ser considerados meros objetos de protección, para lo cual debe reformarse el concepto de incapacidad de los niños, así como la extensión de la representación legal de los padres, pero también, la de los tutores o representantes. Lo anterior, en el contexto de la autonomía progresiva, es decir, esa evolución de la capacidad y sus facultades.

De esta manera, la autonomía progresiva, consiste en ese principio que reconoce plenamente la titularidad de derechos de los niños en su calidad de personas, sujetos de derecho, que pueden ejercer los mismos de acuerdo a la evolución de sus facultades adquiridas progresivamente, lo cual les da el discernimiento adecuado para tomar decisiones.

Este principio de autonomía progresiva, también lo encontramos en el artículo 12.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño puesto que establece que los Estados Partes deben garantizar que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio, y que se tengan debidamente en cuenta las opiniones del niño en función de su edad y madurez.

---

<sup>76</sup> Espejo Yaksic, Nicolás, “El derecho a la vida familiar, los derechos del niño y la responsabilidad parental”, en Lepin Molina, Cristián, Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *Estudios de Derecho Familiar I, Actas primeras jornadas nacionales*, Chile, Thomson Reuters, 2016, p. 201.

En dicha Convención se expresa que el menor es un sujeto de derechos y no un objeto del derecho; por tal motivo puede sostenerse que el paradigma en la legislación de menores ha cambiado del de la tutela, al de la protección integral.<sup>77</sup>

En ese sentido, el niño es progresivo en virtud de la evolución de sus facultades, si bien es sujeto de derecho, esto depende de su desarrollo madurativo y de discernimiento alcanzado más no de su minoría o mayoría de edad. Por ello, esta noción dinámica del ejercicio de la autonomía progresiva, obliga a superar la conceptualización de esta fase de la vida humana hasta ahora caracterizada por la subordinación y dependencia a los representantes (padres o tutores) hacia el reconocimiento de una participación social más activa de los niños.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, al emitir la Opinión Consultiva número 17 del 28 de agosto del 2002, sostiene que es evidente la gran variedad de desarrollo físico e intelectual en la evolución de las facultades de un niño a otro, incluso señala que *...La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años...*<sup>78</sup>

Por ello, para determinar la participación del niño en los procedimientos que le afecten, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, debe tomarse en cuenta su autonomía progresiva.

Dice Fernández Sessarego<sup>79</sup> que cada ser humano, simplemente por ser tal, tiene potencialmente todos los derechos naturales que le corresponden en virtud de su propia calidad ontológica de ser humano. Por lo que, de nada serviría al ser humano ser ontológicamente libre, es decir, capaz de decidir por sí mismo, si esa

---

<sup>77</sup> Quinceno Franco, Gloria Inés y Rodríguez López, Ramiro, *Las relaciones familiares en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 2012, p. 416.

<sup>78</sup> OC-17/2002, de 28 de agosto de 2002.

<sup>79</sup> Cfr. Fernández Sessarego, Carlos, *Persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho. Un necesario deslinde conceptual en los umbrales de siglo XXI*, Argentina, Astrea, 2006, pp.16-17.

libertad no pudiera proyectarse al exterior en actos, en conductas, en comportamientos, en un determinado “proyecto de vida”.

Esta capacidad es pues inherente al propio ser humano y no una cualidad o aptitud agregada o concedida al ser humano por el ordenamiento jurídico.<sup>80</sup>

El Comité de los Derechos del Niño en su Observación General N° 7 del 2005, ya advertía que:

...con frecuencia se hace caso omiso de la capacidad de acción del niño pequeño, como participante en la familia, comunidad y sociedad, o se rechaza por inapropiada en razón de su edad e inmadurez. En muchos países y regiones, las creencias tradicionales han hecho hincapié en la necesidad que los niños pequeños tienen de capacitación y socialización. Los niños han sido considerados poco desarrollados, carentes incluso de la capacidad básica para la comprensión, la comunicación y la adopción de decisiones. Han carecido de poder dentro de sus familias, y a menudo han sido mudos e invisibles en la sociedad. Los niños pequeños son extremadamente sensibles a su entorno y adquieren con rapidez comprensión de las personas, lugares y rutinas que forman parte de sus vidas, además de conciencia de su propia y única identidad.”<sup>81</sup>

Incluso dice que “pueden hacer elecciones y comunicar sus sentimientos, ideas y deseos de múltiples formas, mucho antes de que puedan comunicarse mediante las convenciones del lenguaje hablado o escrito.”<sup>82</sup>

También en su Observación General N°12 sostiene que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, colige que, a medida de que los niños adquieren facultades, tienen derecho a asumir un nivel cada vez mayor de responsabilidad respecto de la regulación de los asuntos que los afecten.<sup>83</sup>

---

<sup>80</sup> *Ídem*

<sup>81</sup> CRC/C/GC/7, noviembre de 2005

<sup>82</sup> *Ídem*

<sup>83</sup> Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc)

La autonomía del niño, se va desarrollando al relacionarse con otras personas, lo que le da seguridad y autoafirmación de su personalidad, dotar de autonomía al niño implica referirnos a su madurez y juicio, a su discernimiento, es decir, a su aptitud psíquica (intelectiva y volitiva) para comprender el alcance y consecuencia de sus actos.<sup>84</sup>

Cuando se habla de participación no quiere decir que sea él quien decide efectivamente acerca de todo lo que le afecta, pues de entrada va a depender del grado de madurez del propio niño; pero también de su desarrollo psíquico o mental idóneo (discernimiento suficiente), tras oírle atendiendo en lo posible a sus sentimientos y deseos; en alguna ocasión, en cuanto la decisión de los padres no es libre, sino condicionada por el necesario respeto de su personalidad.<sup>85</sup>

Para determinar el discernimiento del niño, más que la edad cronológica hay que atender, como fácilmente se colige, a su edad mental o desarrollo psíquico, que no guarda rigurosa equivalencia con aquella. Para constatarlo debe valorarse, con la objetividad posible, el normal desarrollo físico, psíquico y moral de la persona y de su propia madurez de juicio, lo cual requiere de un dictamen de expertos.<sup>86</sup>

No debe olvidarse que buena parte del interés del niño, contemplado por él mismo (...de su participación...) está situado en áreas y proyecciones no racionales de su vida personal, donde tienen más peso los sentimientos que lo estrictamente racional y razonable. Por ejemplo, en lo relativo a la persona con la que deba convivir, su relación con el progenitor, los abuelos, materia educacional, religiosa.<sup>87</sup>

Como podemos observar no sólo se trata de decir que los niños son portadores de derechos, además hay que garantizar esos derechos, la aceptación de que los niños cuentan con autonomía progresiva es fundamental para el respeto

---

<sup>84</sup> Rivero Hernández, Francisco, *El interés superior del menor*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, S. L., 2007, pp. 180-181.

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 296.

<sup>86</sup> *Ibidem*, p. 297.

<sup>87</sup> *Ibidem*, p. 299.

a su derecho a ser escuchados, ya que la autonomía no se limita al ámbito jurídico sino que hablamos de un término de aplicación amplia, el niño debe ser libre para expresar su opinión y sentimientos cuando considere que se está viendo afectado, en su hogar, en la escuela, en su comunidad, en lo referente a su salud, a su educación y con mayor razón en las controversias familiares, esto no es otra cosa más que respetar su libre desarrollo de la personalidad, ajustada a su capacidad e interés superior.

#### 1.5.2 El derecho del niño a ser escuchado

Como lo habíamos mencionado, en la Convención se fundamenta la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños como sujetos de derecho y ello implica que tienen capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen.<sup>88</sup>

Esta protección integral no debe quedarse como una perspectiva legal, sino que se debe insertar en el cuerpo social dado que los derechos son para todos los niños, independientemente del país en el que vivan, en ese sentido, todos los derechos reconocidos son importantes, no hay uno que sea superior al otro.

Olga Mesa sostiene que decir que los niños son sujetos de derechos, titulares de derechos y obligaciones, significa que, si se reconoce a alguien un derecho, se le está reconociendo, aun cuando no se diga expresamente, el derecho a actuar para exigir su cumplimiento. Es decir, se le concede al niño una anticipada y gradual capacidad de obrar; obligando a reformar el concepto de incapacidad de los niños y niñas y por ende los concernientes a la extensión y contenido de la representación legal de padres y tutores en consonancia con la evolución gradual

---

<sup>88</sup> Freitas Barros, Luisa Mercedes, *La Convención Internacional sobre los derechos del niño: Apuntes básicos*, Revista Educare, Vol. 12, Núm. 42, julio-septiembre, 2008 en: <http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>, p. 432.

de la capacidad de ejercicio de éstos o como expresa la propia Convención sobre los Derechos de los Niños en consonancia con la evolución de sus facultades.<sup>89</sup>

La transformación de los niños en verdaderos sujetos de derechos, debe suponer la creación de las condiciones que permitan una comunicación y participación efectivas, es decir, se necesitan múltiples adecuaciones para no vulnerar el derecho de los niños a ser escuchados. Y es precisamente en éste último, en el que enfocaremos nuestra investigación.

La Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo 12.1 y 12.2 establece el derecho a la participación y a la escucha del niño, al señalar lo siguiente:

#### ARTÍCULO 12.

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.
2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

Al leer el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, coincido con Lehmann cuando citando a Baratta dice que la esfera de protección de los niños contenida en dicho artículo se desarrolla a través de los derechos denominados “derechos débiles”.<sup>90</sup>

---

<sup>89</sup> Mesa Castillo, Olga, *El niño discapacitado en Cuba. Disquisiciones jurídicas desde un enfoque de políticas públicas*, Cuba, junio 2005, consultado en: [http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/rehabilitacion-temprana/olga\\_mesa\\_2005.pdf](http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/rehabilitacion-temprana/olga_mesa_2005.pdf)

<sup>90</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo, “Derechos fundamentales y autonomía progresiva de la infancia”, en Lepin Molina, Cristián, Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *Estudios de Derecho Familiar I, Actas primeras jornadas nacionales*, Chile, Thomson Reuters, 2016, p. 213.

Y es que menciona que el niño especialmente a la medida que va creciendo tiene un derecho a hacerse un juicio propio que está configurado como un deber de prestación contra el Estado, pero dicha posibilidad no corresponde a una posición jurídica subjetiva concretamente determinada por el niño.

La escucha del niño en la realidad jurídica es bastante criticable, pues si bien el niño goza plenamente de sus derechos fundamentales, éste no es escuchado de acuerdo al artículo 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

La Real Academia Española dice que garantizar (*garante*) significa dar garantía, y ésta se define como *esa cosa que se asegura y protege contra algún riesgo o necesidad*,<sup>91</sup> y esa garantía implica la seguridad y certeza de que se tiene algo. Bajo ese contexto, los Estados partes tienen la obligación no sólo de adoptar medidas para hacer respetar este derecho, sino de asegurar la existencia de mecanismos para escuchar la opinión del niño sobre los asuntos que lo afecten, pero, además dar la certeza de que esa opinión sea tomada en cuenta.

Es decir, el derecho del niño a ser escuchado, a la luz de la normativa internacional, tiene como fin la aplicación del principio del interés superior del niño,<sup>92</sup> su principal objetivo es expresar su opinión en cualquier causa que los afecte o involucre, es decir, implica la satisfacción de sus derechos en forma integral.

El interés superior del niño y su protección integral, encuentran su fundamento en los artículos 8° y 25 de la Convención Americana;<sup>93</sup> dicha protección integral debe ser por parte de las instituciones, órganos y autoridades, considerando en todo momento su interés superior.

---

<sup>91</sup> Véase: <http://lema.rae.es/drae/?val=garantizar>

<sup>92</sup> Consagrado en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas la aplicación de estas en todos los órdenes relativos a la vida de niño. OC. 17.

<sup>93</sup> Véase: [http://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm)



Esta protección integral, reconoce al niño su condición de sujeto de derecho y le confiere un papel principal de la participación en cualquier procedimiento que afecten sus derechos. Asimismo, el principio del interés superior tiene su fundamento en el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, principio que debe ser entendido como la necesidad de satisfacer todos los derechos de los niños durante su infancia. Hablar de la condición de sujeto de derecho refiere Ferrajoli es hablar “*de un derecho de la infancia basado en la garantía de sus derechos*”.<sup>94</sup>

De acuerdo con la Observación General N°14/2013, el interés superior del niño debe abarcar el respeto del derecho del niño a expresar libremente su opinión y a que esta se tenga debidamente en cuenta en todos los asuntos que le afectan.<sup>95</sup>

El derecho de los niños a ser escuchados es un derecho universal, en todos los ámbitos que los afecten, sin embargo, la realidad nos ha mostrado que los niños se ven privados de la protección de éste derecho, lo cual resulta contrario al principio de universalidad del que hablamos.

Ingrid Brena, dice que el derecho a ser escuchado, consagrado en la Convención citada:

...ha cobrado especial importancia, pues abre la posibilidad para el menor de expresarse en los procedimientos administrativos y judiciales que traten asuntos de su incumbencia directa, tales como los relativos a patria potestad o custodia, adopción o tutela. El derecho a ser escuchado puede ser ejercido directamente por el menor o por medio de un representante o un órgano apropiado, se es el menor quien se expresa en forma directa, su opinión estará, en todo caso, condicionada a su edad y grado de madurez.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Ferrajoli, Luigi, citado por Emilio, Beloff, Mary, (comp), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998, consultado en: [www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf](http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf)

<sup>95</sup> Véase Observación general 14/2013.000

<sup>96</sup> Brena Sesma, Ingrid, Evolución del derecho de menores, una visión desde instrumentos

Señala Ferrajoli que:

El problema más serio que se presenta hoy en materia de derecho de la infancia es el de la efectividad de las leyes aprobadas. Los obstáculos y las dificultades son muchos y diversos. En primer lugar, las resistencias opuestas a este nuevo derecho por parte de los poderes fuertes y consolidados, no dispuestos a renunciar a los oscuros y a menudo turbios intereses perseguidos a la sombra de la actual anomia en tema de “menores”.<sup>97</sup>

Es decir, estamos frente a una realidad objetiva, y en ese esfuerzo de globalización los organismos internacionales han logrado de manera deficiente las condiciones para que los niños ejerzan su derecho a ser escuchados, y es que hay una incapacidad de ver a los niños en su condición de personas, pues los niños no sólo son sujetos de protección, sino que además son plenos sujetos de derecho; lo cual implica la no discriminación y la participación.

García Ramírez<sup>98</sup> señala que cuando hablamos de los derechos humanos de los menores de edad, hacemos referencia a los derechos de los que son titulares los niños y adolescentes bajo una doble condición: su calidad inamovible de seres humanos, sin otra investidura, y su condición transitoria de menores de edad, sujeta al paso de los años. Y comenta:

Estos derechos – que en tal sentido pueden ser concebidos como humanos, fundamentales, básicos, esenciales, aunque en otros sentidos existan fronteras entre esas voces – son el baluarte de la dignidad humana, la garantía de vida y calidad de vida, libertad y desarrollo de potencialidades, justicia y despliegue personal.<sup>99</sup>

---

internacionales, citada en González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés (coord.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM, 2007, p. 27.

<sup>97</sup> Ferrajoli, Luigi, citado por Emilio, Beloff, Mary, (comp.), *op. cit.*, Prefacio.

<sup>98</sup> García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos de los menores de edad. Perspectiva de la Jurisdicción Interamericana*, Serie Estudios Jurídicos, número 152, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2010, p. 15.

<sup>99</sup> *Ídem*.

En ese contexto, no basta que los niños tengan derechos, sino que, se deben propiciar las condiciones para su disfrute; es decir, que pueda gozar de todos ellos.

El derecho a ser escuchado debe interpretarse como la obligación que tiene el sujeto receptor de escuchar aquello que el niño tiene que decir,<sup>100</sup> y escuchar, significa que aquella persona, generalmente el juez, debe prestar atención significativa a lo que se está expresado.

Existe un órgano establecido por la propia Convención para hacer seguimientos y evaluar el cumplimiento de la misma por parte de los Estados, este es llamado Comité de los Derechos del Niño, su labor es interpretar la Convención y desarrollar directrices para su aplicación, a través de observaciones generales. Pero su principal labor es examinar periódicamente que los Estados den cumplimiento a la Convención, emitiéndole recomendaciones.

En el año 2009 el Comité expresó su preocupación al emitir la Observación General número 12 sobre el derecho del niño a ser escuchado, estableciendo que:

El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de esos procesos. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños.<sup>101</sup>

Y es que “en la Unión Europea y en el Consejo de Europa se ha puesto de manifiesto la importancia de mejorar las condiciones para el cumplimiento del

---

<sup>100</sup> Liemann Hernández, Evelyn, *El escuchar como elemento esencial en la psicoterapia*, *Psychologia. Avances de la disciplina*, Vol. 4, Núm. 1, enero-junio, 2010, en: <http://www.redalyc.org/pdf/2972/297224086012.pdf>

<sup>101</sup> Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc)

derecho del niño a ser escuchado”,<sup>102</sup> esto como una forma de garantizar el principio de participación y de otorgarle la máxima protección.

Garantizar el derecho de los niños a ser escuchados es una preocupación global. La Observación General Nº 12 del Comité de los Derechos del Niño, se realizó por una preocupación generada en España sobre el derecho del niño a ser escuchado, por lo que se establecieron algunas condiciones para que éste derecho fundamental se hiciera realidad, en particular en los procedimientos judiciales que afectaren a los niños.

El Comité estableció que esta disposición era aplicable a todos los procedimientos judiciales que afectaren al niño, por ejemplo, “cuestiones de separación de los padres, custodia, adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia, abusos sexuales u otros delitos, menores extranjeros no acompañados o solicitantes de asilo”.<sup>103</sup>

Pero finalmente, a pesar de esta observación, que en específico trata la escucha del menor como derecho humano obstaculizado por barreras que dificultan que un niño pueda expresar su opinión sobre cuestiones que lo afectan, pero que además dicha escucha pueda ser tomada en cuenta, las barreras para tener una escucha efectiva son muchas, la aplicación plena de este derecho sigue siendo un factor preocupante.

El artículo 12 de la Convención si bien, pone de manifiesto el derecho del niño a ser escuchado, éste derecho consiste en ser escuchado o no ejercer ese derecho, es decir, es decisión del niño si quiere o no ejercer este derecho, pues expresar su opinión no es una obligación, es una opción.

---

<sup>102</sup> Save the Children España, *Agenda de la Infancia 2012-2015*, en: [http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/465/Agenda\\_de\\_Infancia\\_2012-2015.pdf](http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/465/Agenda_de_Infancia_2012-2015.pdf).

<sup>103</sup> Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc)

Pero ¿Esto es real? Cuando toquemos el tema de las controversias en particular, nos percataremos que sí la persona que tiene la tutela del niño, no lo presenta a la audiencia en la fecha y hora señaladas, a ésta se le hace efectivo el apercibimiento, pero ¿A caso mencionan en que momento de la audiencia al niño se le pregunta si es su voluntad expresar su opinión? Al ser una opción el ser escuchado, es libertad del niño decidir si quiere o no ejercer su derecho.

Esta libertad consiste también en que los niños puedan expresarse desde la perspectiva propia de un niño, evitar en todo caso la influencia o presión, que ya conlleva el hecho de estar en un lugar con personas que no conoce.<sup>104</sup>

Ignacio Lewkowicz<sup>105</sup> advierte que en la psicología se han montado dispositivos para que los niños hablen y sean escuchados en su subjetividad infantil, y no a través de lo que dicen los padres o la maestra, es decir, el objetivo es encontrar la voz del niño, y no lo que dicen de él, lo que dicen por él, o lo que dicen que debe decir.

En el Encuentro con la Abogacía Especializada en Derecho de Familia del dos mil doce,<sup>106</sup> sostenían que para garantizar el derecho del niño a ser escuchado:

...la atención debida a su opinión, así como su superior interés, todas las personas con responsabilidades en estos procesos han de disponer de una formación específica en habilidades para el trato con los menores. Pero más allá de la formación personal, dado que en este ámbito se produce una confluencia entre lo jurídico y otras disciplinas, debe señalarse la importancia a estos efectos de los equipos técnicos.

---

<sup>104</sup> Los niños afectados, generalmente viven en un contexto familiar difícil, y muchas veces el niño está tan involucrado en el conflicto familiar, que su palabra, puede responder a una necesidad de satisfacer a los adultos a quienes ama, y como resultado tenemos una sobre carga emocional, pues el niño sabe que no puede equivocarse.

<sup>105</sup> Corea, Cristina, Lewkowicz, Ignacio, *Pedagogía del aburrido. Escuelas destituidas. Familias perplejas*, Buenos Aires, Paidós Educador, 2004, pp. 126-147.

<sup>106</sup> Véase: Encuentro con la Abogacía Especializada en Derecho de Familia <http://www.asemop.org/system/files/2195/original/Encuentro%20con%20la%20abogacía%20especializada%20Derecho%20de%20Familia%202012.pdf?1356600447>

Ahora bien, ¿En qué parte del Código, se menciona que antes de que se lleve a cabo la audiencia para la escucha del niño, se le informa y asesora para que este pueda tomar decisiones que favorezcan su interés superior?, y que a través de los cuales, de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño, el niño pueda formarse un juicio propio sobre el asunto, sin necesidad de que se entere de todo el juicio familiar.

En corolario, es primordial el interés superior del menor tomando en consideración las opiniones del niño cuando se es escuchado, pero también es importante vincular dicho derecho y principio con otros derechos tales como los que se transcriben medularmente:

ARTÍCULO 13. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.

ARTÍCULO 17. Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán porque el niño tenga acceso a información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y el material que tengan por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental. Con tal objeto, los Estados Partes:

- a) Alentarán a los medios de comunicación a difundir información y materiales de interés social y cultural para el niño, de conformidad con el espíritu del artículo 29;
- b) Promoverán la cooperación internacional en la producción, el intercambio y la difusión de esa información y esos materiales procedentes de diversas fuentes culturales, nacionales e internacionales;
- c) Alentarán la producción y difusión de libros para niños;

- d) Alentarán a los medios de comunicación a que tengan particularmente en cuenta las necesidades lingüísticas del niño perteneciente a un grupo minoritario o que sea indígena;
- e) Promoverán la elaboración de directrices apropiadas para proteger al niño contra toda información y material perjudicial para su bienestar, teniendo en cuenta las disposiciones de los artículos 13 y 18.

El cumplimiento de los Estados Partes a la escucha del niño, exige que se cumplan otros derechos, la libertad de expresión, derecho establecido en el artículo 13 arriba citado, llevada al contexto de la escucha exige un respeto para que los niños puedan expresar sus opiniones, asimismo el artículo 17 referente a el derecho del niño a la información, implica una condición necesaria para la realización efectiva al derecho a expresar las opiniones.

La Observación General N° 5, en su artículo 12 referente al derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Sostiene que la escucha es “un principio que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos”.<sup>107</sup>

Y coincido cuando dice:

...es relativamente fácil aparentar que se escucha a los niños, pero para atribuir la debida importancia a la opinión de los niños se necesita un auténtico cambio. El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños.<sup>108</sup>

---

<sup>107</sup> Observación General N° 5, Consultada en:  
[http://www2.ohchr/english/bodies/docs/GC5\\_sp.doc](http://www2.ohchr/english/bodies/docs/GC5_sp.doc)

<sup>108</sup> *Ídem*

Es decir, la escucha de los niños no debe ser considerada como una participación simbólica; entender que el término "los asuntos que afectan al niño" implica que se conozca la opinión de los niños sobre cuestiones concretas.

La importancia de la investigación consiste en que las convenciones, protocolos, opiniones consultivas, observaciones generales y criterios orientadores, sean realmente aplicados a efecto de lograr la verdadera eficacia de los derechos humanos reconocidos a favor de los niños en la Convención sobre los derechos del niño, en el particular, sobre su derecho a ser escuchados.

Si bien, los tribunales de familia, conceden dentro de sus procedimientos el derecho de los niños a ser escuchados, en el cual el juez cuestiona a los niños y con base en sus consideraciones se pronuncia sobre la controversia planteada.

Éste derecho pocas veces es respetado debido a que no se toman en consideración las condiciones que debe tener la institución judicial para la eficiente escucha de los niños, para acordar la participación de éste en la determinación de sus derechos, a pesar de que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que *cualquier declaración de un niño, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste*.<sup>109</sup>

Asimismo, son evidentes los escasos espacios y los mecanismos de las instituciones judiciales para favorecer la escucha del niño, menoscabando uno de los derechos más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño y la máxima expresión de la concepción de que los niños son titulares de derechos que deben ser escuchado y tomar en cuenta sus opiniones.

Esto se debe a la "insuficiente previsión legal para el ejercicio de este derecho, y la falta de formación de los operadores jurídicos (jueces, fiscales,

---

<sup>109</sup> Véase Opinión Consultiva OC-17/2002, del 28 de agosto del 2002, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)



abogados, secretarios y agentes judiciales, policía judicial, forenses) para promoverlo y aplicarlo.”<sup>110</sup>

Y es que, en las instituciones judiciales, niegan a los niños su condición de sujetos de derecho, vulnerando su derecho a ser escuchados, pues las condiciones en las que se les escucha son ineficientes, tanto por las instalaciones en las que se realiza - llámese juzgado o tribunal-, como por la manera en la que el juez con la facultad que tiene de escuchar al niño, convierte la escucha en interrogatorio para los niños, siendo evidente, que se vulnera el derecho de los niños a ser escuchados, ya que el juez interroga al niño en su papel de psicólogo, basando sus decisiones en otras condiciones que lo que llevan a judicializar la escucha de los niños, confundiendo en muchos casos las características de su narrativa, lo que sucede a causa de que el juez cuenta si no es con un mínimo, con nada de especialización para lograr una intervención efectiva, pues mezcla funciones de juzgador, psicólogo y terapeuta, lo cual no hace efectiva la escucha.

Las instituciones judiciales pasan por alto las condiciones y características emocionales y cognitivas de los niños, al considerar el peso que conlleva la institución donde van a ser escuchados, generando temor y desconcierto a los niños, contrarrestando su capacidad de expresión. Ya que el contexto familiar y la presencia de un juez (persona adulta) obstruyen al niño, y lejos de sentirse protegido se siente intimidado.

Para que este derecho a ser escuchado sea efectivo, se requieren de ciertas condiciones con la finalidad de que el niño reciba información adecuada y comprensible para su desarrollo madurativo, y ese es precisamente el objetivo de nuestra investigación.

Lo anterior, implica que las instituciones judiciales respeten siempre la primacía de su interés superior, que para escuchar a los niños creen espacios

---

<sup>110</sup> *Ídem*

apropiados, lúdicos y los mecanismos adecuados que eviten en todo caso las experiencias traumáticas o la doble victimización, mecanismos que se observen cuando se trate de escuchar a un niño en las controversia del orden familiar de que se trate, aunado a todo esto, se requiere de una determinante convicción y voluntad de todos los actores involucrados con el particular: jueces, funcionarios judiciales, abogados litigantes, padres de familia y cualquier otro relacionado, que tengan como propósito el logro de este derecho humano del niño.

México ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 21 de septiembre de 1990, y fue hasta el año 2012 que a raíz de que los derechos humanos cobraron en el sistema jurídico una medular importancia, por efectos de la reforma constitucional de junio del 2011, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, elabora un *Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes*, mismo que fue ampliado recientemente ante la imperiosa necesidad de enriquecerlo con los nuevos estándares internacionales.

Este protocolo es considerado como una herramienta de apoyo en la labor judicial, está dirigido a todas las Magistradas, Magistrados, Juezas y Jueces federales y locales, asimismo quienes deben adoptarlo son los Consejos de la Judicatura Locales, y los Tribunales Superiores de Justicia.

Establece ciertos criterios y principios que deben ser valorados por quienes imparten justicia, necesarios para garantizar los derechos humanos de las niñas, niños y adolescentes; en particular aquellos relacionados con el acceso a la justicia; por lo que se advierte que el mismo se aboca al derecho a ser escuchado en las instituciones judiciales, pero en las cuales el niño tiene una condición de menor infractor, es decir, se encuentra involucrado o procesado en controversias de índole penal.

Con lo anterior, sin duda se colige la impostergable necesidad de profundizar en el estudio de los tratados internacionales en los que se reconocen

derechos humanos de los niños, en especial el derecho a ser escuchado, de lo cual nos encargaremos en el capítulo tercero.

A efecto de analizar la escucha de los niños en el ordenamiento jurídico mexicano, me abocaré a revisar exclusivamente la legislación de la Ciudad de México, anteriormente Distrito Federal que, por ser la capital federal, tiene una fuerte influencia legislativa en las demás entidades de la República Mexicana.

Evidentemente, cuando se habla del derecho del niño a ser escuchado por la autoridad judicial en materia de familia en la que pueda verse afectados sus derechos e intereses, este supuesto por lo general se reglamenta en el código civil o en su caso código familiar, en las figuras del divorcio, la patria potestad de los hijos, la guarda y custodia, el régimen de convivencias, acogimiento; es decir, este tipo de figuras del derecho de familia, son las que de manera más reiterada son motivo de controversia judicial, y en las cuales pueden sin lugar a dudas, verse afectados los derechos e intereses del niño y, por tanto, es en estas figuras en las que debe tomarse especial atención tanto en la norma legal como en el actuar del juzgador para proteger, garantizar y respetar el derecho del niño a ser escuchado.

El Código Civil del Distrito Federal (denominación actual) señala erróneamente, como lo comentamos al hablar de la escucha, el derecho del niño a ser oído, pero veamos en primer término lo que establece en cuanto a al interés superior del niño, antes de hablar de cada controversia en particular.

El interés superior de niño de acuerdo con el Código Civil del Distrito Federal, y su artículo se entenderá de la siguiente forma:

Artículo 416 Ter.- Para los efectos del presente Código se entenderá como interés superior del menor la prioridad que ha de otorgarse a los derechos de las niñas y los niños respecto de los derechos de cualquier otra persona, con el fin de garantizar, entre otros, los siguientes aspectos:

- I.- El acceso a la salud física y mental, alimentación y educación que fomente su desarrollo personal;

- II.- El establecimiento de un ambiente de respeto, aceptación y afecto, libre de cualquier tipo de violencia familiar;
- III.- El desarrollo de la estructura de personalidad, con una adecuada autoestima, libre de sobreprotección y excesos punitivos;
- IV.- Al fomento de la responsabilidad personal y social, así como a la toma de decisiones del menor de acuerdo a su edad y madurez psicoemocional; y
- V.- Los demás derechos que a favor de las niñas y los niños reconozcan otras leyes y tratados aplicables.

#### 1.5.2.1 La autonomía progresiva y el interés superior del niño en relación con su derecho a ser escuchado

El derecho del niño a ser escuchado tiene una estrecha vinculación con otros principios rectores establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, como lo es el interés superior del niño, así como la autonomía progresiva.

Dentro de las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, se dice que éstas deben ser interpretadas a la luz del interés superior del niño, principio que tiene como objetivo primordial la tutela efectiva de los derechos de los niños.

Al respecto el Comité de los Derechos del Niño al emitir la Observación General N° 14 aduce el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, al establecer lo siguiente:

Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.<sup>111</sup>

---

<sup>111</sup> CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.

La misma Observación sostiene que éste es un principio radical que parte de la Convención sobre los Derechos del Niño al señalar que:

El interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda al criterio de los Estados. La rotundidad de este postulado se deriva de la posición de partida de los niños, que tienen menores posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, en unos ámbitos de decisión que no están pensados para que ellos participen. Desde la perspectiva sociológica, el Comité afirma que -si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.<sup>112</sup>

Para que la opinión del niño sea debidamente tomada en cuenta debe estar en consonancia con el interés superior del menor, éste entendido como la plena satisfacción de sus derechos.<sup>113</sup>

Es así que la autonomía progresiva tiene una estrecha vinculación con el artículo 3° de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Asimismo, menciona que los Estados Partes se comprometen a asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres, tutores u otras personas responsables de él ante la ley y, con ese fin, tomarán todas las medidas legislativas y administrativas adecuadas.

Por su parte el artículo 18 de la Convención aludida, señala que los progenitores ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el

---

<sup>112</sup> *Ídem*

<sup>113</sup> Margas Pavez, Macarena, Correa Camus, Paula, *La voz de los niños en la justicia de familia de Chile*, Revista *Ius et Praxis*, Año 17, N° 1, Chile, 2011, p. 184.

interés superior del niño, en ese sentido, los roles parentales no suponen una facultad absoluta, sino de derechos limitados en virtud del principio rector del interés superior del niño.<sup>114</sup>

Desde esta perspectiva, se puede advertir que los ordenamientos jurídicos permiten que los niños puedan ejercer sus derechos en forma autónoma o a través de sus representantes, mostrando una estrecha relación entre considerar al niño como sujeto de derecho y el proceso de protección del cual es beneficiario.<sup>115</sup>

El interés superior del niño es entonces un principio del derecho, dado que constituye el principio rector en materia de derechos del niño que se desprende de manera directa de la idea de los niños como sujetos de derecho, es decir, no sólo con relación a la titularidad de derechos sino también en su goce.<sup>116</sup>

Esto es importante ya que el interés superior del niño, está consagrado de acuerdo a lo anterior como una garantía que protege a los niños por ser sujetos de derechos, por lo tanto, al interpretar el interés superior debe de hacerse respecto al principio de autonomía progresiva, en el sentido de que este principio vela por el reconocimiento pleno de sus derechos.

Lo que pretende la autonomía progresiva en vinculación con el interés superior del niño es que la participación de los niños, en el caso que nos ocupa, no se quede en manos de los adultos, en su papel de representantes, padres, tutores o jueces, al considerarlos como incapaces en la toma de decisiones, ya que el fin último de la autonomía progresiva con su interés superior es la satisfacción de sus

---

<sup>114</sup> Revetllat Ballesté, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 42, N° 3. septiembre-diciembre, Chile, 2015, p. 914.

<sup>115</sup> Margas Pavez, Macarena, Correa Camus, Paula, *La voz de los niños...*, op. cit., p. 182.

<sup>116</sup> Cfr. Herrera, Marisa, *Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción*, IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción, Argentina-Poder Judicial-Tribunales de Familia, Argentina, 2006.

derechos, al respetar la expresión de su voluntad en los casos donde se vea involucrado.

Ahora bien, esta voluntad de ejercer los derechos es netamente del niño, ya que su autonomía da la pauta al ejercicio o no ejercicio de ellos, por ejemplo, cuando hablamos de la escucha del niño, cotidianamente se toma como una facultad que tiene el juez en las controversias de índole familiar, es decir, de forma conveniente éste puede solicitar escuchar al niño o no, incluso puede decidir a partir de qué edad es pertinente escucharlo, con la justificación de que los niños no deben ser revictimizados o bien traumatizados en los procedimientos judiciales.

Sin embargo, recordemos que este derecho no es propiamente del juez decidirlo, sino de los propios niños; lo que nos haría preguntarnos ¿Qué es lo que hace que un niño se sienta traumado en un proceso judicial? ¿Qué hace que la escucha del niño sea estresante e ineficaz? ¿Será acaso el procedimiento utilizado para llevar a cabo la escucha?

Lo anterior, hace que nos olvidemos del interés superior del niño, poniendo frente a ellos e incluso sobre ellos los intereses de un padre, de una madre, o de quien funja como su representante, quienes se sienten con la capacidad para decir que es mejor para el niño velando por su interés superior, porque eso nos dice la Convención protectora de los derechos del niño, pero ¿acaso no el que tiene la facultad de decidir y de opinar respecto a sus intereses, es precisamente el niño? ¿acaso no los instrumentos internacionales nos han dicho que como Estados Partes debemos respetar su personalidad en su calidad de seres humanos, y que debemos respetar su dignidad?

Bien, por eso es importante decir que, junto con el derecho de ser protegidos, los niños tienen otros derechos que pueden ejercer por sí mismos, no obstante que vayan contra la voluntad de los adultos. En atención a ello, Lehmann

dice que ya tempranamente se reconoce el derecho del niño a entablar acciones judiciales directamente, en forma independiente de sus padres.<sup>117</sup>

Esto debido a que el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño no es más que la consagración del principio del interés superior del niño, aplicado a los derechos de la personalidad.<sup>118</sup>

## 1.6 Del desarrollo evolutivo de los niños

En la perspectiva del derecho, resulta contradictorio el pensamiento de que el niño tiene diferentes etapas de desarrollo que requieren ser valoradas para configurar su madurez.

Sin embargo, lo que aporta la psicología evolutiva son elementos teóricos indispensables para comprender la situación jurídica de la infancia en la actualidad. A ésta psicología se le denomina también de desarrollo.

Cuando se habla de desarrollo evolutivo de los niños nos referimos a que durante la infancia se van adquiriendo habilidades motoras, cognitivas, lingüísticas, afectivas y sociales de forma gradual, continua e irreversible, hasta llegar a la adultez.

Variadas son las concepciones que ponen en relieve las características de los niños y su descripción en la infancia como etapas sujetas a interpretaciones, nos enfocaremos en tres teorías que resultaron fundamentales Erik Erikson, Jean Piaget y Sears.

Erikson define al desarrollo como un proceso evolutivo que se funda en una secuencia de hechos biológicos, psicológicos y sociales experimentada

---

<sup>117</sup> Barcia Lehmann, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Chile, Legal Publishing, 2011, pp. 385-386.

<sup>118</sup> *Ibidem*, p. 388.



universalmente, e implica un proceso autoterapéutico destinado a curar las heridas provocadas por las crisis naturales y accidentales inherentes al desarrollo.<sup>119</sup>

Por su parte Piaget dice que el desarrollo es un proceso inherente, inalterable y evolutivo, sin embargo, sostiene que dentro de ese proceso sitúa una serie de fases del desarrollo que lo llevan a ser evolutivo.<sup>120</sup>

Y finalmente Sears concibe al desarrollo como una cadena continua de hechos que se agregan a lo ya adquirido y en parte lo reemplaza.<sup>121</sup>

De acuerdo con lo anterior, el desarrollo evolutivo al ser un proceso dinámico, donde las diversas áreas del ser humano se encuentran en mutua relación y se retroalimentan continuamente durante toda la vida de un sujeto, no sólo los niños se desarrollan, sino que también los adultos.

Referirnos al desarrollo evolutivo de los niños, es esencial en atención a la autonomía progresiva y su relación con el derecho a ser escuchados, dado que el desarrollo del niño en sus diferentes estadios: infancia, niñez y adolescencia, no sólo se determina por la edad cronológica, pues ésta no tiene que ser necesariamente concordante con su edad madurativa, puesto que la maduración incluye dos factores fundamentales: la influencia genética o potencial y la estimulación de las capacidades.

Aunado a que conocer el desarrollo evolutivo de los niños en un proceso judicial donde se escucha a los niños, nos permitirá conocer de qué forma debemos adaptar el encuentro con el niño para que sea comprensible y permita que el éste pueda expresarse e interpretar lo señalado acorde a su desarrollo y madurez.

---

<sup>119</sup> Maier, W. Henry, *Tres teorías sobre el desarrollo del niño*, 2ª ed., Buenos Aires-Madrid, Amorrortu, 2012, p. 37-38.

<sup>120</sup> *Ídem*

<sup>121</sup> *Ídem*

Cuando nos referimos a desarrollo aludimos a un término biológico referido al crecimiento físicamente observable del tamaño o la estructura de un organismo durante un periodo determinado que, aplicado a las ciencias de la conducta, denotan los procesos vinculados temporalmente, los cambios progresivos de funcionamiento adaptativo. Y cuando decimos maduración sugiere el crecimiento orgánico, mientras que el término desarrollo se relaciona con el desarrollo socio psicológico.

En este sentido, el desarrollo alude a una integración de los cambios constitucionales y aprendidos que conforman la personalidad en constante desarrollo de un individuo.

Las tres teorías han sido elegidas porque, aunque la mayoría de las teorías de la personalidad han reconocido que la niñez es el periodo formativo de la personalidad humana, cada una de las que se tratan aquí implica una interpretación más o menos diferente del alcance que el desarrollo ulterior del niño tiene para modificar anteriores adquisiciones aportadas por el desarrollo.

Las tres teorías se ocupan del desarrollo de la personalidad como un proceso continuo y secuencial, que parte del estatus del niño como infante y se ocupa de cada etapa subsiguiente del crecimiento psicológico: niñez temprana, niñez y adolescencia. Pero además estas tres teorías se complementan mutuamente para ofrecer una explicación compleja del desarrollo de la personalidad humana.

Las teorías de Erikson, Piaget y Sears se ocupan de un enfoque evidentemente distinto pero complementario del desarrollo de la personalidad. Cada uno de ellos contribuyen algo a la comprensión del individuo como un todo indivisible.

Si bien las tres teorías hablan de las fases del desarrollo estas están en contraste con los índices de maduración, como la edad ósea, la talla física y el peso, o con intervalos cronológicos como los días, los meses y los años transcurridos

desde el nacimiento, no hay normas reales que permitan medir la disposición para el desarrollo, su progreso o sus fases.

Debemos recordar que sólo es posible medir o evaluar a cada individuo en el contexto de su propio desenvolvimiento, y que, si bien la teoría del desarrollo puede ayudar a la elaboración de una comprensión generalizada de los procesos del desarrollo infantil, únicamente cabe utilizarla con eficacia cuando se la aplica al individuo de acuerdo con los rasgos específicos de su propia y original situación.

### 1.6.1 Teoría de Erikson

Erik Homburger Erikson introduce una nueva formulación básica: la relación del individuo con los padres dentro del contexto familiar, y con un medio social más amplio dentro del marco de la herencia histórico-cultural de la familia.

De ahí su apreciación del papel de las relaciones interpersonales en la estructura del hombre y la existencia de contradicciones, cuestión fáctica que sirve de presupuesto a la delimitación de las distintas etapas del desarrollo.<sup>122</sup>

Uno de los supuestos fundamentales de la teoría de Erikson consiste en el juego ya que sugiere que éste constituye la situación más adecuada para estudiar el yo del niño.

El juego es particularmente importante Erikson piensa que constituye una de las principales funciones del yo, ya que el juego generalmente implica tres dimensiones fundamentales: 1. El contenido y la configuración de sus partes, que crean en el tema subyacente, 2. Los componentes comunicativos verbales y no verbales, y 3. Los modos de conclusión, o interrupción del juego.<sup>123</sup>

---

<sup>122</sup> Montejo Rivero, Jetzabel Mireya, *La capacidad progresiva... op. cit.*, p.35.

<sup>123</sup> Maier, W. Henry, *Tres teorías sobre el desarrollo, op. cit.*, p. 34

Erikson considera que el juego se vincula con la experiencia de vida que el niño intenta repetir, denominar o negar con el fin de organizar su mundo interior en relación con el exterior, además el juego entraña autoenseñanza y autocuración.

En ese sentido, el niño utiliza el juego para compensar las derrotas, los sufrimientos y las frustraciones en especial las que se originan en uso limitado, técnica y culturalmente, del lenguaje.

Al momento de escuchar a los niños ésta técnica de juego puede resultar esencial ya que el niño utiliza el juego como un medio para razonar, permitiendo que se libere de los límites impuestos por el tiempo, el espacio, sin perder la noción de la realidad.

Y es que el organismo que madura continúa desenvolviéndose, no por el desarrollo de nuevos órganos, sino mediante una secuencia prescrita de capacidades locomotrices, sensoriales y sociales, el desarrollo psicológico y social sucede al biológico.

Desde el punto de vista orgánico el bebé recién nacido no es muy distinto de su contraparte para prenatal, psicológicamente, ya está dotado de personalidad, tiene su herencia individual, así como todas las potencialidades innatas para el desarrollo original de la personalidad. La sociedad necesita del recién nacido para prolongarse, y éste necesita de la sociedad para su propia crianza.<sup>124</sup>

El recién nacido necesita de sus padres para que esa personalidad esté dotada de valores, principios y dirección adecuadas con lo cual el niño pueda tener un desarrollo integral.

Para lo cual, Erikson describe ocho etapas epigenéticas del desarrollo:

Fase I: Adquisición de un sentido de la confianza básica al mismo tiempo que se supera un sentido de la desconfianza básica: realización de la esperanza.

---

<sup>124</sup> *Ibídem*, p. 35

Este autor, ubica el fundamento de todo el desarrollo interior en esta primera fase después de una vida de regularidad rítmica, calor y protección del útero, el infante experimenta la realidad de la vida en sus primeros contactos con el mundo exterior; aunque nació desnudo, dócil y vulnerable, posee una apariencia y una serie de respuestas que despiertan la ternura de los adultos que lo cuidan y provocan en ellos el deseo de atender a sus necesidades. La vulnerabilidad de su condición de recién nacido y la mansedumbre de su inocente estado de necesidad tienen su propio poder.<sup>125</sup>

Ésta indefensión en el desarrollo de los niños genera que la familia, la sociedad y absolutamente todas las personas que lo rodean lo cobijen, protejan y cuiden al recién nacido, lo cual en tal medida puede ocasionar que el desarrollo se vea sobreprotegido, un estado de comodidad física que origina desconfianza en las propias capacidades en una etapa más avanzada del desarrollo.

Pues la primera y fundamental tareas de desarrollo, que consiste en establecer el sentido de la confianza básica, coincide con el rápido periodo de maduración de la infancia.

Fase II: Consiste en la adquisición de un sentido de la autonomía, la realización de la voluntad.

Aduce el autor que a medida que aumenta la confianza del infante en su madre, en su medio y en su modo de vida, comienza a descubrir que la conducta que desarrolla es la suya propia, afirma un sentido de la autonomía. Realiza su voluntad; el niño en esta fase debe aprender a querer lo que puede ser y a convencerse de que él quería lo que tuvo que ser, éste periodo se manifiesta entre los 18 meses y los 3 años de edad.<sup>126</sup>

---

<sup>125</sup> *Ibídem*, p.41

<sup>126</sup> *Ibídem*, p. 48.

En este dar y recibir entre el niño y el progenitor, es de suma importancia en la capacidad de este último para conceder gradual independencia al niño, por lo menos en áreas relativamente seguras.

Ese sentido de la autonomía se acentúa cuando en el manejo que los padres hacen del pequeño individuo se refleja un sentido de la dignidad y de la independencia.

Fase III: el niño adquiere un sentido de la iniciativa y realización de la finalidad.

En esta fase el niño adquiere un sentido de iniciativa que impregna la mayor parte de la vida del niño, cuando su medio social lo incita a desarrollar una actividad y alcanzar una finalidad. Él, pero sobretodo su sociedad, comprende que se lo cuenta como una persona y que la vida tiene una finalidad para él.

Desde el punto de vista de la maduración Erikson señala que el niño ha ido asimilando la capacidad de alcanzar, tomar, retener, y ahora está asimilando la de caminar, correr, brincar; el niño descubre que en su creciente movilidad no se diferencia de los adultos de su medio.<sup>127</sup>

Asimismo, para el niño el lenguaje representa algo más que la mera comunicación, implica asumir una posición en una cuestión o situación dadas y un compromiso verbal con dicha posición. Los procesos del yo reflejan las capacidades conductuales del niño y están dirigidos hacia una existencia intencional y un sentido de autoidentidad que representa el sentido de realidad psicológico y conductual del niño en el marco de sus cualidades, su conocimiento y su disposición emocional.

El niño ingresa con toda su capacidad de indagación en un círculo social cada vez más amplio. Quiere conocer su mundo, y se lo alienta en forma creciente

---

<sup>127</sup> *Ibíd.*, p.56

a que se ajuste a las enseñanzas de su sociedad, en ese universo que se despliega ante.

Fase IV: se refiere a la realización de la competencia.

Erikson lo describe como un sentido de la industria versus un sentido de la inferioridad, así que por una parte hay un constante movimiento de energía para consagrar todo el esfuerzo posible a la protección y a ellos se opone una presión continua para retroceder hacia el nivel anterior de menor producción. El temor del individuo se acentúa también por el hecho mismo de que todavía es un niño con una persona incompleta, situación que tiende a suscitar sentimientos de inferioridad.<sup>128</sup>

Esto ocurre a decir del autor más o menos entre los 7 y los 11 años de edad en la que el niño trata de resolver estos sentimientos de inferioridad, utiliza diligentemente todas las oportunidades de aprender haciendo y experimenta con los rudimentarios conocimientos requeridos por su cultura; parece comprender que este aprendizaje lo ayudará a convertirse en una persona competente. El ritmo de maduración física es más lento como si fuera necesario consolidar lo que ya ha sido incorporado.

A medida que el niño se desarrolla, la sociedad parece preocuparse cada vez más por incorporarlo sobre una base igualitaria.

Fase V: Adquisición de un sentido de la identidad

En esta fase el sentido de la identidad trae consigo una superación de los problemas de la niñez y una auténtica disposición para afrontar, como posible igual, los problemas del mundo adulto.

Los padres han perdido sus roles de apoyos esenciales y fuentes de valor, y han sido reemplazados por una adolescente en desarrollo. Erikson dice que la

---

<sup>128</sup> *Ibidem*, pp.63-64.

adolescencia representa una postergación socialmente autorizada de la adultez, es como un recurso psicológico de seguridad.<sup>129</sup>

Un sentido de identidad asegura al individuo un lugar definido en su sector social. La continuidad progresiva entre lo que ha sido durante los prolongados años de su niñez y lo que promete ser en el futuro previsible, entre el carácter que él se atribuye y lo que percibe que otros ven y esperan de él.

En la fase VI, VII y VIII Se concluye su niñez y su primera juventud, y el individuo comienza la vida como miembro integral de nuestra sociedad occidental.

Como pudimos observar la personalidad en proceso de desarrollo es víctima de los azares de la vida a causa de una combinación de fuerzas parentales, sociales y culturales, que no consiguen impedir su desarrollo eficaz. El desarrollo es un proceso de maduración vinculado con un proceso educativo.

El desarrollo infantil es un proceso de intercambio entre el individuo y su medio, específicamente la familia, es un proceso dinámico que no termina con la adolescencia y se encuentra influido por varios factores.

### 1.6.2 Teoría de Piaget

Jean Piaget se basa en el descubrimiento inicial de que el niño, las interpretaciones que éste hace de sus comentarios y sus preguntas suministraban la clave de la investigación del desarrollo intelectual.

La teoría del desarrollo cognoscitivo descansa en una cadena de supuestos que hayan explicación en dos aspectos diferentes de su teoría del desarrollo: primero, el crecimiento biológico apunta a todos los procesos mentales como continuación de procesos motores innatos, y segundo, en los procesos del experiencia el organismo descubre la existencia separada de lo que experimenta,

---

<sup>129</sup> *Ibíd*em, p. 72



en otras palabras no es tanto la maduración como la experiencia lo que define la esencia del desarrollo cognoscitivo.<sup>130</sup>

Al experimentar sus propios reflejos innatos, el individuo se ve llevado a utilizarlos y aplicarlos, y de ellos se desprende la adquisición de nuevos procesos conductuales. Por consiguiente, la adquisición de sistemas humanos de organización no es puramente social ni eternamente un resultado de la maduración; estos sistemas se originan más bien en las pautas naturales de vida de un individuo.

La teoría de Piaget descansa en el supuesto de que la personalidad humana se desarrolla a partir de un complejo de funciones intelectuales y afectivas, y de la interrelación de las dos funciones. Los procesos intelectuales orientan al individuo organizando e integrando estas funciones de la personalidad humana.

Supone que el niño nace con un organismo biológico provisto de una serie de reflejos cuya estructura psicológica puede ser descrita como una conciencia protoplasmática. El niño tiene un impulso a nutrirse, un sentido de equilibrio y un impulso hacia la independencia respecto del ambiente y la adaptación del mismo.<sup>131</sup>

Dentro de la concepción del desarrollo para Piaget es claro que lo represente a través de fases que dan un equilibrio transitorio, y que cada fase sugiere una capacidad potencial, por lo que los individuos pueden o no utilizar de formar predominante su capacidad potencial, lo que provocaría que el ritmo de desarrollo de un individuo tienda a variar de otro.

Las fases fundamentales de ésta teoría son:

#### 1. Fase sensoriomotriz de cero a dos años

Consiste en el primer periodo del continuo de desarrollo, que depende principalmente de la experiencia sensoriomotora y somatomotora.

---

<sup>130</sup> *Ibidem*, p.103

<sup>131</sup> *Ibidem*, p. 109

Sensoriomotriz indica que el niño crea un mundo práctico totalmente vinculado con sus deseos de satisfacción física en el ámbito de su experiencia sensorial inmediata.

Primero encontramos el uso de los reflejos repetitivos, combinado con la maduración neurológica y física, tiende a formar hábitos debido a la interacción de los procesos de asimilación y acomodación.

Posteriormente el niño debe alcanzar cierta madurez neurológica antes de que pueda comprender sus propias sensaciones. Su vida psíquica comienza cuando la maduración ya no modifica los objetos asimilados de un modo fisicoquímico, sino que simplemente los incorpora a su propia forma de actividad.<sup>132</sup>

En esta etapa el niño es incapaz de distinguir entre los estímulos externos e internos, pues para él cada uno de estos tipos representa un ambiente separado. El tema fundamental de este periodo es la capacidad del niño para incorporar los nuevos resultados de su conducta como parte de su conducta continua.

## 2. La fase preconceptual

Corresponde a los niños de 2 a 4 años en la cual nos encontramos frente a un periodo de transición entre las pautas de vida propias de una conducta puramente dedicada a la autosatisfacción y la conducta rudimentariamente socializada, la vida del niño es de permanente investigación.<sup>133</sup>

Sostiene que en esta etapa aunque el niño y el adulto emplean más o menos el mismo lenguaje, no siempre poseen un marco común para comunicarse.<sup>134</sup>

En esta fase el niño se abre camino a la vida mediante el juego, el juego simbólico y la repetición de los hechos reales ponen al niño en contacto con los

---

<sup>132</sup> *Ibidem*, p. 115

<sup>133</sup> *Ibidem*, p. 129

<sup>134</sup> *Ídem*

problemas y los objetos de la vida cotidiana; así como el lenguaje, el juego es vehículo del desarrollo. La comunicación mediante el lenguaje verbal o no verbal establece un vínculo entre el pensamiento y la palabra.

### 3. La fase del pensamiento intuitivo

Corresponde a los niños de 4 a 7 años, en esta fase el hecho más importante es la ampliación del interés social en el mundo que los rodea. El contacto repetido con otras personas aumenta la participación social.<sup>135</sup> En esta etapa menciona Piaget que el niño empieza a utilizar palabras para para expresar su pensamiento.

Es aquí donde exhibe los primeros indicios reales de cognición, durante esta fase actúa cada vez más según una pauta consecuente del razonamiento.

Para el niño la conversación representa una extensión del pensamiento en voz alta, proyecta los pensamientos individuales hacia el plano social y alienta a las expresiones colectivas. La autonomía aparece al tomar conciencia práctica de la misma, por lo que el juicio verbal y teórico del niño corresponde al juicio práctico y concreto que aquel formuló a ejecutar determinados actos.<sup>136</sup>

### 4. La fase de las operaciones concretas

Finalmente, la fase de las operaciones concretas se acentúa de los 7 a los 11 años edad en la cual el niño puede explorar varias soluciones posibles de un problema, clasificando las partes de un todo para entender el todo.<sup>137</sup>

El niño puede explicar sus experiencias o pensamientos en relación con otros, ya que en esta fase alcanza un nuevo nivel de pensamiento, pasa de un pensamiento inductivo a un deductivo. Adopta definiciones de palabras sin conocer

---

<sup>135</sup> *Ibídem*, p. 136

<sup>136</sup> *Ibídem*, p. 147

<sup>137</sup> *Ibídem*, pp. 147-150

bien lo que ellas expresan, por lo que utilizara un lenguaje simbólico sin una cabal comprensión de su significado.

#### 5. La fase de las operaciones formales

La fase ultima va de los 11 a los 15 años, Piaget lo relaciona con la maduración cerebral, ya que sostiene que desde el punto de vista de la maduración, la niñez concluye y comienza la juventud; pero, más aún la naturaleza del pensamiento sufre un cambio que Piaget vincula con la maduración de las estructuras cerebrales, a diferencia del niño, el joven se convierte en un individuo que piensa más allá del presente y elabora teorías acerca de todo, complaciéndose especialmente en reflexiones hacer de lo que no es.<sup>138</sup>

Es decir, adquiere la capacidad de pensar y razonar fuera de los límites de su propio mundo realista y de sus propias creencias. El lenguaje sigue desarrollándose y estimula el pensamiento cognoscitivo y la conducta.

En la concepción piagetiana se considera al individuo sujeto activo de su propio desarrollo, y en éste, las particularidades de los procesos mentales en el niño son especialmente relevantes, de ahí el papel de las operaciones del sujeto en su pensamiento, que permiten determinar el desarrollo cognitivo del niño, sus adquisiciones y fijaciones dentro de cada estadio.<sup>139</sup>

La teoría presentada por Piaget es un esbozo de desarrollo posible, ya que el grado de consumación de cada fase antes presentadas varía en cada individuo, es muy probable que un individuo alcance el punto de madurez en un área, al mismo tiempo que exhibe un desarrollo incompleto en otras.

---

<sup>138</sup> *Ibidem*, p. 159

<sup>139</sup> Montejo Rivero, Jetzabel Mireya, *La capacidad progresiva... op. cit.*, p. 38

### 1.6.3 Teoría de Sears

Robert Richardson Sears asevera que la crianza de los niños es un proceso continuo. Todos los momentos que el niño vive en contacto con sus padres ejercen cierta influencia sobre su conducta actual y sus posibilidades de acción futura. El desarrollo de un niño parece ser un proceso bastante ordenado. Renuncia a modos de conducta que ya no son apropiados, y adquiere nuevas formas de acción adecuadas a su edad y condiciones de vida.<sup>140</sup>

Éste autor divide su estudio en tres fases:

Fase 1. Conducta rudimentaria la conducta de un infante durante los primeros 10 a 16 meses de vida consiste en los intentos de reducir la tensión interior originada en sus impulsos. Las necesidades consistentes en asegurarse alimentos, eliminar sus desechos y experimentar calidez personal a la vez que obtiene comodidad física constituyen las fuentes del aprendizaje.<sup>141</sup>

Los primeros aprendizajes del infante son el destete, la alimentación, la educación esfinteriana y la educación sexual, así como la dependencia infantil vinculada con la edad, lo cual implica claramente una expectativa de diferentes niveles de desarrollo.<sup>142</sup>

El depender implica un ejercicio de roles determinado por la necesidad de reconquistar el control de los recursos parentales que suministran al niño muchas formas de gratificación, especialmente en expresión de amor. Por consiguiente, el aprendizaje de la dependencia activa parte de un estado de dependencia pasiva, con la ayuda del adulto como principal agente de refuerzo, para alcanzar un estado de dependencia en el cual el adulto ya no desempeños de papel fundamental. Así

---

<sup>140</sup> Maier, W. Henry, *Tres teorías sobre el desarrollo*, op. cit., p. 181

<sup>141</sup> *Ibíd*em, p.183

<sup>142</sup> *Ibíd*em, p. 182

la dependencia comienza con la participación pasiva del niño, hasta que más tarde puede mantenerla activamente.<sup>143</sup>

Sostiene que hay factores fundamentales para el desarrollo del niño, ya que gran parte del medio social en que el niño nace tiene implicaciones inherentes para su desarrollo, el sexo del niño, su posición en la constelación familiar, la felicidad básica de su madre, la posición social y el estatus educacional de la familia son variables importantes que afectarán de un modo o de otro su desarrollo.<sup>144</sup>

Fase 2: sistemas motivacionales secundarios: el aprendizaje centrado en la familia, durante esta segunda fase se inicia la socialización, que comprende la niñez temprana, el lapso que transcurre entre la segunda mitad del segundo año de vida y la edad en que el niño ingresa al escuela.<sup>145</sup>

El desarrollo de la niñez temprana descansa esencialmente en la satisfacción que se extrae de la dependencia aprendida respecto de la persona que dispensa cuidados. El niño aprende a iniciar su dependencia y a apoyarse en esta, como si se tratara de un fenómeno que le es innato.<sup>146</sup>

A medida que el niño crece, la madre contempla la excesiva dependencia emocional como una forma de conducta que debe cambiar. A menudo la necesidad de reducir la intensidad de la dependencia sobre viene cuando la madre se prepara para tener otro hijo o cuando regresa a su trabajo. Ella misma necesita suspender algunos aspectos de la atención que dispensaba al niño con el resguardo de sí misma y del propio hijo.<sup>147</sup>

La dependencia tiene hasta cierto punto el carácter de algo infantil, una condición que es preciso desechar en favor de formas más maduras de la expresión

---

<sup>143</sup> *Ibidem*, p. 186

<sup>144</sup> *Ibidem*, p. 188

<sup>145</sup> *Ibidem*, p. 190

<sup>146</sup> *Ibidem*, p. 191

<sup>147</sup> *Ídem*

de afecto.<sup>148</sup> Sin embargo, la dependencia del niño se transforman gradualmente en un estado de afecto y estima hacia las personas en las que se apoya para tener atención.

La socialización en los primeros años de la niñez exige que el niño deseché su anterior estilo de vida autista. Esto implica aprender a comunicarse, sobre todo, a relacionarse verbalmente con otros.<sup>149</sup>

Alrededor de los 2 años de vida el niño adquiere cada vez más control sobre sus impulsos. El autocontrol es un proceso por medio del cual el niño adopta de forma gradual y como propios los deseos y los estándares de sus padres, y desarrolla una conciencia.

En esencia, durante esta fase el niño desarrolla su propia personalidad de acuerdo con la dirección impartida por los adultos en el curso de la crianza.

Fase 3. Aprendizaje extrafamiliar, finalmente ésta etapa consiste en que el niño pequeño se encuentra ya en condiciones desde un punto de vista cronológico y de desarrollo de asistir a la escuela y está preparado para absorber elementos de un mundo que excede el ámbito de su familia.

Es en esta etapa donde la sociedad tiene un papel importante en el desarrollo de los niños, ya que ayuda a la socialización del niño. A medida que el niño abandona los límites de su hogar, debe exhibir firmes indicios de conciencia.

Robert Sears señala que se observa un cambio constante en el grado de precisión, eficiencia y rapidez con que el niño en desarrollo puede acometer acciones propias y comunicarse con otros.<sup>150</sup>

---

<sup>148</sup> *Ibídem*, p. 192

<sup>149</sup> *Ibídem*, p. 203

<sup>150</sup> *Ibídem*, p. 209

En corolario, el desarrollo infantil constituye la totalidad de la conducta del niño, a medida que este se conduce, se desarrolla, y a su vez su conducta es producto de sus experiencias sociales inmediatas de crianza, el desarrollo es una consecuencia del aprendizaje.

Las tres teorías muestran un sistema combinado de referencias que nos sirven de orientación acerca del desarrollo humano, con lo cual podemos ampliar la comprensión del crecimiento, la conducta del ser humano y su maduración.

Los encargados de escuchar al niño en los asuntos que le afecten sin lugar a dudas deben conocer las etapas y las diferentes dimensiones del desarrollo humano del niño para comprender su grado de discernimiento, para ubicar su grado de autonomía y madurez.

Hemos observado con éstas tres teorías que la madurez no puede ser medida de igual forma en un adulto y en un niño, pues para el niño la madurez significa comprender pautas de relación, tal como Sears lo decía, es el refinamiento en la selección de las pautas apropiadas de conducta.

A nuestro juicio, la noción de progresividad de desarrollo debe considerar los aportes de los estudios psicológicos-evolutivos demostrativos de la existencia de distintas etapas del ciclo vital, que en el ámbito jurídico genera una graduación en el ejercicio de los derechos.

Solo cuando el niño madura puede discernir, mediante la inferencia y la abstracción, factores causales distintos de los inmediatos, entonces está en condiciones de percibir los estímulos de acuerdo con sus repercusiones reales e inherentes, aprende a manejar conscientemente su mundo, de conformidad con las pautas de relación, no debemos olvidar que las tres teorías dependerán del ritmo de desarrollo de cada niño tanto intelectual como socioemocional, por lo tanto la madurez será diferente entre individuos socialmente iguales.



El papel del adulto, los padres, los maestros, los compañeros como el par social de intercambio y colaboración, resulta un eslabón esencial para comprender todo el proceso de formación de un niño.<sup>151</sup>

Lo anterior nos lleva a una premisa fundamental, la progresividad del desarrollo del niño a partir de las etapas del ciclo de la vida comprendido éste desde el nacimiento hasta la mayoría de edad, indiscutiblemente determina una evolución de la madurez natural de los niños.

#### 1.7 La escucha del niño debe ser considerado como: ¿Un derecho o un principio?

Para hablar de la escucha del niño, es pertinente establecer a que nos referimos ya que su análisis parte de apreciar si la escucha del niño es un derecho, una garantía o un principio. Para lo cual definiremos cada uno de los aspectos antes citados.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli las garantías no son otra cosa que *las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional.*<sup>152</sup>

Sosteniendo que, por eso reflejan la diversa estructura de los derechos fundamentales para cuya tutela o satisfacción han sido previstas:

...las garantías liberales, al estar dirigidas a asegurar la tutela de los derechos de libertad, consisten esencialmente en técnicas de invalidación o de anulación de los actos prohibidos que las violan; las garantías sociales, orientadas como están a asegurar la tutela de los derechos sociales, consisten, en cambio, en técnicas de coerción y/o de sanción contra la omisión de las medidas obligatorias que las satisfacen.<sup>153</sup>

---

<sup>151</sup> Vera Estrada, Ana, *La dimensión familiar en Cuba, op. cit.*, p. 219.

<sup>152</sup> Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 25.

<sup>153</sup> *Ibidem*, p. 25.

Aduce Ferrajoli que *el propósito principal del sistema garantista es dotar de eficacia y pleno cumplimiento a los derechos fundamentales*.<sup>154</sup> Es decir que la garantía es cualquier normativa de tutela de un derecho subjetivo.

Por cuanto hace a los principios, Ronald Dworkin sostiene que un principio no pretende siquiera establecer las condiciones que hacen necesaria su aplicación; más bien enuncia una razón que discurre en una sola dirección, pero no exige una decisión en particular.<sup>155</sup>

Por su parte, Robert Alexy dice que los principios son mandatos de optimización, caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado y en la medida de que su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales, sino también de las jurídicas.<sup>156</sup>

Dworkin al referirse a un principio en sentido genérico, refiere que es un estándar que entraña un imperativo de justicia, equidad o alguna otra dimensión de la moralidad.<sup>157</sup>

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos "principio", siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como "garantía", entendida ésta última "como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos". Por lo que podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

---

<sup>154</sup> Aguilera Portales, Rafael Enrique, López Sánchez, Rogelio, *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*, p. 55, consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/4.pdf>

<sup>155</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012, p. 77.

<sup>156</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. Bernal Pulido, Carlos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008, p. 86.

<sup>157</sup> Dworkin, Ronald, *Los derechos*, *op. cit.*, p. 72.

En ese contexto, consideramos que, si los derechos los entendemos como aquellas prerrogativas que la Constitución reconoce a sus titulares, y ese reconocimiento constitucional otorga al sujeto activo la posibilidad de exigir coactivamente su cumplimiento, entonces el ser escuchado es un derecho.

Y si bien el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan y el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño.

Y que tal como lo señalamos con antelación la Convención reconoce al niño como sujeto de derechos, y *la ratificación casi universal de este instrumento internacional por los Estados partes pone de relieve esta condición del niño*,<sup>158</sup> que está expresada claramente en el artículo 12.

Continuando con esta línea argumentativa, puede inferirse que el anterior artículo refiere al derecho a ser escuchado, es decir, el fin del mismo es la regulación de un derecho más no de un principio, por lo que el niño puede decidir hacer uso o no de él cosa que no podría hacer con el interés superior.

Al ser la escucha del niño un derecho, éste obliga a los Estados Partes a reconocer ese derecho y garantizar su observancia escuchando las opiniones del niño y teniéndolas debidamente en cuenta. Tal obligación supone que los Estados Partes, con respecto a su respectivo sistema judicial, deben garantizar directamente ese derecho o adoptar o revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.

El derecho de participar, es un derecho humano establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, al que el artículo 12 denomina escucha del niño, otorgándole la facultad de tomar decisiones en los procesos, si éstos afectan su vida, así como de ejercer su influencia en las decisiones que se tomen a su respecto.

---

<sup>158</sup> Observación General Número 12, *El derecho del niño a ser escuchado*, 2009, p. 8.

Cabe mencionar que el niño también tiene la facultad de no ejercer ese derecho, para lo cual los Estados Partes deben asegurarse de que el niño reciba toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior.

Sin embargo, cabe hacer mención, que si en una controversia familiar, donde se ven afectados los intereses de los niños, en la cual el niño decide no hacer valer su derecho a ser escuchado, o bien no se escucha al niño toda vez que se ha considerado que de acuerdo a su interés superior las circunstancias del proceso no ameritan escucharlo, no sería propiamente una transgresión al derecho humano del niño a ser escuchado, puesto que en este caso sería considerado un derecho procedimental.

Contrario a que se decida por los órganos jurisdiccionales no escuchar al niño por aspectos como la edad biológica, o bien que la escucha no sea efectiva por no contar con espacios lúdicos, o por no contar con personal capacitado para realizar la escucha, lo anterior sí equivaldría a una transgresión a su derecho a ser escuchado, ya que atenta contra su dignidad, pues el niño es una persona completamente desarrollada que tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, así como a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones.

En ese contexto, los principios son normas que ordenan que se realice algo en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas, es decir son directrices.

Tenemos entonces que los principios se prestan para ser interpretados con tal de proteger los derechos humanos establecidos en la propia Convención, tal como debe suceder con el artículo 12, donde los Estados Partes deben observar el derecho de los niños a ser escuchados, guiados por el principio establecido en el artículo 3° de la Convención referente al interés superior.

Un principio como lo es el del interés superior del niño orienta líneas de argumentación para interpretar ciertos derechos, orienta al operador jurídico y obliga a los Estados Partes a introducir disposiciones en el proceso de adopción de medidas para garantizar que se tenga en consideración el interés superior del niño.

En ese sentido, la Convención obliga a los Estados Partes a garantizar que los responsables de adoptar esas medidas escuchen al niño conforme a lo estipulado en el artículo 12, razón por la cual la escucha del niño no puede ser considerado un principio puesto que no orienta líneas de argumentación, ni orienta a los operadores jurídicos.

El artículo 12, si observamos la Convención, está conectado con todos los demás artículos de la Convención, que no podría aplicarse íntegramente si no se respeta al niño como sujeto con sus propias opiniones sobre los derechos consagrados en los artículos respectivos y sobre su cumplimiento. El principio del interés superior del niño nos servirá al momento de tomar en cuenta lo dicho por el niño.

En ese contexto, un principio puede o no prevalecer, aunque sea un principio que forme parte del sistema jurídico, por lo que sí pensáramos que el escuchar a los niños es un principio, permitiríamos que los funcionarios lo consideren o no, tomen en cuenta lo que dicen los niños o no, y se enfrentaría a lo que se enfrenta el principio del interés superior, que no se sabe cuál es el peso relativo bajo el cual se debe interpretar.

No obstante, de que los principios desempeñen un papel esencial en los argumentos que fundamenten un caso concreto referente a determinados derechos y obligaciones jurídicas, la escucha del niño no puede ser considerada como un principio sino como un derecho que conlleva la observación de otros principios como el interés superior y la protección efectiva de la autonomía, cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia, pues no se trata sólo de inspirar soluciones en los procesos judiciales, corresponde una obligación, en virtud de que los niños tienen

derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos.

Desde una perspectiva procesal, en los juicios de familia los niños carecen de la calidad de parte, la que por lo general es detentada por padres, madres, abuelos, tíos o representantes de organismos públicos o privados, entre otros. De este modo, los adultos tienen un rol protagónico, mientras los niños -cuando participan de alguna manera en el proceso- tienen papel secundario y accesorio, salvo algunas escasas excepciones.

Por eso, la actuación de los niños en el proceso judicial no puede encasillarse en el concepto tradicional de parte procesal, o no debe considerarse como un derecho procesal, para lo cual es importante que se generen diferentes mecanismos que le confieren protagonismo en la defensa de sus intereses y derechos.

#### 1.8 Un análisis a la luz de la axiología y epistemología del derecho del niño a ser escuchado

Como podemos observar, cuando nos enfrentamos a estudiar temas referentes a los niños, se nos viene a la mente la concepción que tenemos de éstos, los niños son un simple objeto de protección, de propiedad, tal como en las cátedras de Derecho Romano, con esa figura del *parterfamilias*, donde el niño carecía totalmente de derechos propios.

Antes de realizar un estudio axiológico y epistémico de los derechos de los niños, analizaremos la concepción de éstos por dos importantes filósofos, como son: Platón con *La República* y *Las Leyes* de Platón y Aristóteles con la *Ética a Nicómaco*, ya que en ellos claramente se concibe al niño desde un punto de vista intelectual y moral.

Al referirse a las cualidades físicas del niño, Platón sostenía que éste tenía una incapacidad de guardar reposo, ni en el cuerpo, ni en la voz, que grita y salta

siempre en desorden, decía que ningún ser vivo nace con la calidad y grado de inteligencia que le corresponde tener en su madurez; y “*en todo ese tiempo en que aún no ha logrado su propia discreción, está todo loco y grita desconcertadamente, y en cuanto llega a mantenerse en pie, salta también sin orden ni concierto*”<sup>159</sup> gobernado por la parte irracional de su alma.

En cuanto a la participación dice Platón que los niños son fácilmente persuadibles y engañables, y que, al no tener todavía razón, no pueden en ningún caso tener opiniones verdaderas y firmes, sin embargo, se deben educar mediante hábitos y enseñanzas que les hagan asimilar valores para ser hombres virtuosos, Lo cual coincide con las ideas de los psicólogos anteriormente analizadas.

Aristóteles por su parte, ve al niño carente de razón e inteligencia, con una parte racional aun no desenvuelta, y por ello dice que se encuentra dominado por la pasión, la voluntad y el deseo, lo que impele a conseguir todo lo placentero y agradable.<sup>160</sup>

Aristóteles se acerca más a lo que en la actualidad llamamos capacidad progresiva, y es que dice en la *Política* que el niño existe desde que el hombre nace, y que no posee una parte racional, ya que ésta surge posterior y paulatinamente, adquiriendo la razón, es decir la reflexión y la inteligencia, además de hacer énfasis en que se deben aprovechar las capacidades que de niño se tienen para un adulto ideal.

Es importante hacer mención que ambos filósofos tienen la idea clara de que es en la niñez donde se debe dotar de cualidades positivas a los hombres, para que siendo adultos las desarrollen, y sean estos el modelo ideal del ciudadano. Los son en ese sentido defectuosos sí, invadidos por la parte irracional del alma y

---

<sup>159</sup> Campoy Cervera, Ignacio, *La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles*, España, Dickinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2006, pp. 28-31.

<sup>160</sup> *Ibidem*, pp.32-35

carentes de razón, pero al final del día son la esperanza para una formación de la sociedad a la que se aspira.

Pasa que el que digamos que los niños eran considerados como objeto de protección y no como sujetos de derechos, es una idea que desde la sociedad se ha ido generando, no porque los niños sean literalmente considerados como objeto de protección, pero sí por determinar su grado de madurez desde un punto de vista del derecho natural racional a la luz de la edad, a menor edad más incapaz para entender y para querer.

Esto se entiende porque cuando uno es niño necesita fundamentalmente la protección y el cobijo de los padres, esto va generando en los padres un grado de pertenencia, ya que son ellos los que van inculcando en el niño los valores, ellos nos enseñan a hablar, a pedir las cosas, y vamos aprendiendo de ellos, por lo que nos volvemos objetos de protección, ese foco de cuidado, es lo que no permite a la sociedad llegar a comprender cómo los niños pueden ser titulares de sus propios derechos.

Los derechos de los niños que tienen una historia más conocida son los que apuntan a la protección de la niñez. Se dice que éstos tienen su fundamento en la convicción de que la vida del niño es un bien digno de ser protegido, es decir, que no se trata de un objeto con el que uno pueda actuar de cualquier manera.<sup>161</sup>

Pero el estudio de la titularidad de los derechos de los niños es prácticamente reciente, incluso el uso del término derechos de los niños o derecho de la infancia, si bien, la Convención sobre los Derechos del Niño, sostuvo que éstos eran sujetos de “derechos” al hablar de derechos subjetivos a muchos se les olvida considerar portadores de ellos a los niños.

Sin embargo, como lo hemos analizado con anterioridad y desde un punto de vista axiológico, todos los seres humanos adquirimos los derechos subjetivos de

---

<sup>161</sup> Gaitán, Lourdes, Liebel, Manfred, *Ciudadanía y Derechos...op. cit.*, p.16.



acuerdo a nuestro desarrollo integral. Es decir, el reconocimiento de los derechos humanos es una parte intrínseca del desarrollo, integrando los valores, la ética, puesto que ya no hablamos aquí de necesidades sino de responsabilidad para con los derechos adquiridos.

Al respecto, González Ibarra señala que *“...toda acción humana está motivada por valores y disvalores, que la neutralidad axiológica no existe. Congruentemente con lo anterior el derecho impulsa o alienta la obtención de valores y, desalienta, reprime y castiga las conductas animadas por los valores.”*<sup>162</sup>

Por su parte, Álvaro Guadarrama, afirma que *“...los derechos humanos están constituidos por todos aquellos aspectos positivos que surgen del ser humano, que le permiten realizarse como tal en forma individual y que lo llevan a una verdadera convivencia social”*.<sup>163</sup>

En ese sentido, Manuel Atienza señala:

Los valores son cualidades que se predicán (que alguien, o u n (sic) grupo, predica) de ciertas cosas, personas o acciones. Además, suele afirmarse (Fronzizi) que los valores presentan las características de polaridad (aparecen desdoblados bajo la forma de un valor positivo y su correspondiente valor negativo: bonad-maldad (sic), verdad-falsedad, belleza-fealdad, justicia-injusticia...) y de jerarquía (los valores se dan en un orden jerárquico o tabla de valores, lo cual debería permitir, dentro de cada sistema de valores, evitar o resolver todo posible conflicto).<sup>164</sup>

Y es que de acuerdo con estos autores el ser humano aprende a ser consciente y confrontar sus valores y disvalores, aplicándolos en su vida, en su

---

<sup>162</sup> Cfr. González Ibarra, Juan de Dios, *Metodología jurídica epistémica*, México, Fontamara, 2006, p.64.

<sup>163</sup> Guadarrama González, Álvaro, *La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de Derecho*, México, Porrúa, 2004, p. 55.

<sup>164</sup> Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, España, Fontamara, 1998, p. 83.

actuar, sentir y pensar, no a partir de una edad determinada, pero sí parte del desarrollo integral de la persona.

A continuación, señalamos algunas características básicas de la axiología jurídica, siguiendo con el estudio de los valores que se circunscriben alrededor de la ciencia jurídica. Así Álvaro Guadarrama señala al respecto:

Me refiero al estudio de los valores, como una consecuencia de los antecedentes ya establecidos por la ética, en el sentido de que la ética nos habla de los conceptos de la libertad como uno de los elementos para poder clasificar a los actos humanos como buenos o malos.<sup>165</sup>

De lo que se desprenden dos aspectos fundamentales: la ética, por un lado y los valores por el otro. La ética (teoría de las costumbres), como señala el autor, parte de la idea de libertad, como instrumento de elección entre actividades humanas buenas y malas, o buenas y mejores.

Es decir, la axiología, desprendida ahora de la ética, no es cuestión de voluntad en sí misma, sino que estudia a los valores *per se*. Si bien los valores, no son exclusivos del ser humano –aunque si en su cúspide-, el derecho como unas de las actividades humanas por excelencia, no escapa de su intervención; el derecho, por tanto, busca ante todo la permanencia de los valores.

En ese contexto, el derecho es en gran medida valorable, y por ende sus instrumentos, medios y fines, así como instituciones y figuras jurídicas, en su deontología debe alcanzar a la justicia como vértice supremo de su desempeño.

A partir del año dos mil once, el sistema jurídico mexicano, se alejó cardinalmente de la corriente *iuspositivista*, y es que recordemos que la teoría kelseniana, “...fue identificada como cómplice legalista de esta etapa genocida

---

<sup>165</sup> Cfr. Guadarrama González, Álvaro, *La axiología jurídica...op. cit.*, p. 39.

*[nazismo], en el cual el derecho en lugar de estar al servicio del hombre... provocó que el hombre estuviera para uso de un derecho injusto y criminal..."*<sup>166</sup>

Sin embargo, sostiene González Ibarra, que si bien hemos dejado atrás el *iuspositivismo*, también es hora de dejar atrás el *iusnaturalismo* "...y dejar que florezcan nuevas reflexiones, propuestas y críticas constructivas al garantismo..."<sup>167</sup>

Y que en este *iusfilosofar* al que nos invita la época de la globalización sea el garantismo el que nos dé una respuesta *iushumanística*. El autor, dice que:

Recordando que el derecho es experiencia humana acumulada y lógica aplicada para obtener la armonía, la paz social y universal, evitar perder más tiempo y la posibilidad de crear un mundo mejor con base en la justicia universal exige construir nuevos caminos en el andar *iusjurídico*, es innovar conservando lo mejor de nuestras tradiciones, e incorporar los avances de la ciencia, tecnología y humanidades, con la defensa de la dignidad y los derechos fundamentales como ejes orientadores.<sup>168</sup>

De acuerdo con lo anterior, debemos partir de la formación integral del hombre -humanismo- bajo el estudio de los objetos y valores del mundo que giran alrededor del hombre, es decir, comprender su realidad, lo que nos permitirá una acción reflexiva desde lo humano y su entorno.

Dice González Ibarra que la "*afirmación aristotélica de que una vida sin reflexión no vale la pena ser vivida*"<sup>169</sup> implica un reconocimiento a la calidad y totalidad de la dignidad.

En corolario, el derecho del niño, desde el punto de vista axiológico y epistémico, consiste en su protección integral, para lograr el desarrollo de su

---

<sup>166</sup> González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología Jurídica*, 4 ed., México, Porrúa, 2013, p. 71.

<sup>167</sup> *Ibidem*, pp. 1-2.

<sup>168</sup> *Ídem*

<sup>169</sup> González Ibarra, Juan de Dios, *Filosofía Jurídica... op. cit.*, p.31.

personalidad y con ello su plena capacidad, bajo las más favorables condiciones tanto físicas, como morales e intelectuales, el niño es un ser humano tuitivo con una capacidad de obrar derivado de una autonomía progresiva, que se va desarrollando para integrarse en la convivencia social.

### 1.8.1 La Escucha

La palabra escuchar de acuerdo con la definición de la Real Academia Española proviene del latín *auscultāre*<sup>170</sup> que significa prestar atención a lo que se oye, es decir, al escuchar se está aplicando el oído para atender algo.

A diferencia de oír, que significa *percibir con el oído los sonidos*,<sup>171</sup> y que es un fenómeno biológico asociado a la capacidad de distinguir sonidos en las interacciones con un medio, cuando escuchamos, se genera un mundo interpretativo, es decir, un acto de comprensión.

Heidegger al respecto sostiene que, sobre la base de este primario poder-escuchar existencial es posible eso que llamamos el oír, que fenoménicamente es algo más originario que lo que la psicología define como el oír “inmediato”, vale decir, sentir sonidos y percibir ruidos. También el oír tiene el modo de ser del escuchar comprensor.<sup>172</sup> Asimismo dice que comprender lleva consigo la posibilidad de la interpretación, es decir, de la apropiación de lo comprendido.

Este autor, asegura que para oír sólo hay que adoptar una actitud artificial, ya que el hecho de que oigamos *sirve como prueba fenoménica de que el Dasein, en cuanto estar-en-el mundo, se encuentra ya siempre en medio de los entes a la mano dentro del mundo*.<sup>173</sup>

---

<sup>170</sup> Diccionario de la Real Academia Española. Consultado en: <http://lema.rae.es/drae/?val=did>.

<sup>171</sup> *Ídem*

<sup>172</sup> Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, Trad. Rivera, Jorge Eduardo, Santiago Chile, Editorial Universitaria, 1997, p. 164.

<sup>173</sup> *Ídem*.

Escuchar a los niños va mucho más allá de oír lo que dicen, tiene que ver con creer en ellos, respetar y valorar sus opiniones; tomarlos en serio. No sólo escuchamos con nuestros oídos, sino con todos nuestros sentidos, ya que son cientos de maneras diferentes las que las personas usamos para relacionarnos, desde que nacemos.

Si quitamos de nuestra mente la idea de que escuchar implica una persona hablando y otra oyendo, son muchas las posibilidades de comunicación que se abren, especialmente con los niños.

Lieman<sup>174</sup> una psicóloga de la Universidad de Bogotá, menciona que cuando se escucha se realiza un proceso activo y complejo que va más allá de recibir información, procesarla y emitir una respuesta. Lo que se busca al escuchar es comprender el significado de lo que para esa persona representa lo que se está relatando.

Si esta cuestión psicológica, la trasladamos al derecho dentro de las instituciones judiciales, cuando se le da al niño el derecho a ser escuchado, el juez pierde la escucha, al estar más atento a la respuesta que se debe dar, o al buscar obtener la información que él considera necesaria para el caso en controversia, perdiendo completamente el sentido de la escucha.

En la lectura de *Ser y Tiempo*, Heidegger, menciona que:

...el escuchar es constitutivo del discurso. Y así como la locución verbal se funda en el discurso, así también la percepción acústica se funda en el escuchar. El escuchar a alguien es el existencial estar abierto al otro, propio del Dasein en cuanto coestar. El escuchar constituye incluso la primaria y auténtica apertura del Dasein a su poder-ser más propio, como un escuchar de la voz del amigo que todo Dasein lleva consigo. El Dasein escucha porque comprende. Como comprensor estar-en-el-mundo con los otros el Dasein está sujeto, en su

---

<sup>174</sup> *Ídem.*

escuchar, a la coexistencia y a sí mismo, y en esta sujeción del escuchar se hace solidario de los otros.<sup>175</sup>

En esa tesitura, nos dice el autor *sólo donde se da la posibilidad existencial de discurrir y escuchar, se puede oír. El que “no puede escuchar” y “necesita sentir” puede, tal vez precisamente por eso, oír muy bien.*<sup>176</sup>

Oír por oír nos priva de comprender, tal como ocurre en las controversias familiares donde se escucha al niño, pues sólo quien ya comprende puede escuchar. El escuchar cobra su máxima potencialidad cuando “lo escuchado” es el otro en cuanto tal, la persona del otro: es lo que Heidegger llama el *Hören auf*.<sup>177</sup>

En esa tesitura, la escucha debe ser considerada como elemento esencial que implica más que una habilidad comunicativa,<sup>178</sup> *“una disposición personal de quien escucha para querer entender la vivencia del otro”*.<sup>179</sup> Es la principal razón por la que los niños necesitan más protección, tanto en los países más desarrollados como en el mundo en desarrollo, pues el hecho de ser menores de edad no les hace menores en derechos.

### 1.8.2 La Comunicación

La comunicación o expresión verbal, condujo al concepto del decir y del hablar,<sup>180</sup> Heidegger sostiene que el fenómeno de la comunicación debe ser comprendido en un sentido ontológicamente amplio, y menciona:

La “comunicación” enunciativa, por ejemplo, informar acerca de algo, es un caso particular de la comunicación entendida en un sentido existencial

---

<sup>175</sup> *Ídem.*

<sup>176</sup> *Ídem.*

<sup>177</sup> *Ídem.*

<sup>178</sup> Esta interacción comunicativa es como una danza, pues implica la coordinación de acciones con otra persona.

<sup>179</sup> Echeverría, R., *La ontología del lenguaje*, México, JC Sáez, 2006, en: <file:///C:/Users/TCA%20Morelos%2031/Downloads/ontologia%20del%20lenguaje%20echeverria%20pdf.pdf>

<sup>180</sup> Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, *op. cit.*, p.163

fundamental. En ésta se constituye la articulación del convivir comprensor. Ella realiza el “compartir” de la disposición afectiva común y de la comprensión del coestar. La comunicación no es nunca un transporte de vivencias, por ejemplo, de opiniones y deseos, desde el interior de un sujeto al interior de otro. La coexistencia ya está esencialmente revelada en la disposición afectiva común y en el comprender común.<sup>181</sup>

El discurso, la escucha como tal, tienen una estrecha vinculación, dado que si no se escucha bien no se comprende.

La capacidad de escuchar y la recíproca expectativa es una cualidad importante que permite la comunicación, el diálogo y requiere ser sostenida y entendida.

### 1.8.3 El Diálogo

No se puede hablar del diálogo, sin hablar del lenguaje, ya que el lenguaje es la primera interpretación global del mundo. El lenguaje permite el uso de términos, pero eso significa que éstos, se incorporan constantemente en el proceso de entendimiento del habla y ejercen su función lingüística en medio de este proceso.<sup>182</sup>

El consenso dialogal es imposible en principio si uno de los interlocutores no se libera realmente de la conversación, a lo que Paul Ricoeur<sup>183</sup> llama conflicto de interpretaciones.

El hombre es el ser vivo dotado de lenguaje, pero ninguna persona cuando habla posee una verdadera conciencia del lenguaje.<sup>184</sup>

---

<sup>181</sup> *Ibidem*, p. 164.

<sup>182</sup> Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método*, tomo II, Salamanca, 1998, p. 83.

<sup>183</sup> Citado por Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método*, *op.cit.*, p. 83.

<sup>184</sup> Gadamer, Hans-Georg, *op. cit.*, p. 149.

Hablar, es hablar con alguien, es decir, la realidad del habla consiste en el dialogo, pero si éste dialogo se convierte en una exigencia de decir, por ejemplo, en los tribunales, el interrogatorio es una barrera del dialogo, va contra el lenguaje que se quiere expresar, por lo que dará como resultado que lo que se diga nunca poseerá la verdad.

Y es que dice Gadamer que la capacidad para el dialogo es un atributo natural del ser humano, y refiere que Aristóteles definió al hombre como el ser dotado de lenguaje, y el lenguaje sólo se da en el diálogo, es decir, el lenguaje sólo existe en la conversación.<sup>185</sup>

Pero porque nos interesa la capacidad del dialogo, pues bueno lo que ocurre es que se está perdiendo en las controversias familiares la capacidad del diálogo para con el niño al momento de ser escuchando en los tribunales de familia, la cuestión de la incapacidad se *referirá a la apertura de cada cual a los demás y viceversa para que los hilos de la conversación puedan ir y venir de uno a otro.*<sup>186</sup>

Identificar la incapacidad del dialogo es fundamental para poder llevar la escucha de los niños a lo profundo de la comunicación humana, para que el diálogo que se realice con ellos sea de manera efectivo.

Buscar la verdad, a través del dialogo nos remota al modelo platónico, de decir y dejarse decir. Nos dice Gadamer,<sup>187</sup> que Platón consideró un principio de verdad que la palabra sólo encuentra confirmación en la recepción y aprobación por el otro y que las conclusiones que no vayan acompañadas del pensamiento del otro pierden vigor argumentativo.

Para finalizar, la comunicación humana consiste en que el diálogo no impone la opinión de uno contra la de otro ni agrega la opinión de uno y la de otro a modo de suma. El diálogo simplemente transforma una y otra.

---

<sup>185</sup> *Ibidem*, p. 203.

<sup>186</sup> *Ibidem*, p. 204.

<sup>187</sup> *Ibidem*, p 205.



En ese contexto, la entrevista que se realiza al escuchar a los niños en las controversias de índole familiar, debe ser entendida como un “diálogo” entre el niño y su entrevistador, cuyo fin será precisamente procurar recoger la opinión del niño, respecto de la situación familiar por la que atraviesa, indagando sobre sus deseos, temores y expectativas, de modo tal que el Juez pueda considerar esta opinión al momento de emitir una respuesta.<sup>188</sup> Haciendo la aclaración de que en ningún caso debe transformarse este diálogo en un interrogatorio, donde el Juez asume un rol de investigador y el niño de informante.

#### 1.9 Instituciones en el derecho familiar donde se plantea la hipótesis del derecho del niño a ser escuchado

México debe observar y cumplir con la normatividad contenida en la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989, lo anterior, debido a la interpretación al artículo 133 de la Constitución Política para los Estados Unidos Mexicanos, que dispone entre otras cosas, que los Tratados Internacionales celebrados por el Presidente de la República, aprobados por el Senado y que estén de acuerdo con la normatividad contenida en la propia Constitución Política, serán Ley Suprema de toda la Nación.

En ese contexto, la Convención sobre los Derechos del Niño, por tratarse de un instrumento internacional con las características previstas en el artículo 133 de la Constitución Política Mexicana, tiene en el sistema jurídico mexicano el rango de Ley Suprema.

Además de esta caracterización legalmente consagrada en la Carta Magna, resulta fundamental resaltar que, en México, a partir de junio del año 2011, los derechos humanos cobran en el sistema jurídico una medular importancia.

---

<sup>188</sup> Couso Salas, Jaime, *El Niño como Sujeto... op. cit.*, p. 7.

El análisis de este capítulo respecto al derecho del niño a ser escuchado por la autoridad judicial en las controversias del orden familiar, se hace en el Código Civil para el Distrito Federal y en su respectivo Código de procedimientos civiles, dado que es el código aplicable a la capital del país ahora Ciudad de México, aunado a que éste tiene una indudable influencia sobre los códigos civiles y familiares de las diversas entidades federativas.

Ahora bien, cuando se hace referencia al derecho del niño a ser escuchado por la autoridad judicial en materia de familia en la que pueda verse afectados sus derechos e intereses, este supuesto por lo general se reglamenta en el código civil en las figuras del divorcio, la patria potestad de los hijos, la guarda y custodia, así como el régimen de visitas y convivencias; este tipo de figuras del derecho de familia, son las que de manera más reiterada son motivo de controversia judicial, en la práctica forense son las que de manera repetitiva y constante son llevadas a la controversia judicial en los tribunales.

Es indiscutible que cuando se hacen valer en juicio, pueden llegarse a ver afectados los derechos e intereses del niño y, por tanto, es en estas figuras en las que debe tomarse especial atención tanto en la norma legal como en el actuar del juzgador para proteger, garantizar y respetarse el derecho del niño a ser escuchado, o como se establece en el código civil para el Distrito Federal, - oído -, motivo por el que se considera de interés hacer su revisión.

#### 1.9.1 Patria potestad, Divorcio, Régimen de convivencia, Guarda y Custodia

Ahora bien, por cuanto a las figuras de patria potestad, guarda y custodia y régimen de convivencia, es el artículo 416 del Código Civil para el Distrito Federal el que establece que:

Artículo 416.- En caso de separación de quienes ejercen la patria potestad, ambos deberán continuar con el cumplimiento de sus obligaciones y podrán convenir los términos de su ejercicio, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores. En caso de desacuerdo, el Juez de lo Familiar

resolverá lo conducente, previo el procedimiento que fija el Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles.

Con base en el interés superior del menor, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos. El otro estará obligado a colaborar en su alimentación y crianza conservando el derecho de convivencia con el menor, conforme a las modalidades previstas en el convenio o resolución judicial.

El anterior artículo, particularmente en lo relativo a la guarda y custodia de los menores sostiene que *con base en el interés superior del menor*, éste quedará bajo los cuidados y atenciones de uno de ellos.

Por su parte el artículo 416 Bis establece:

Artículo 416 Bis.- Los hijos que estén bajo la patria potestad de sus progenitores tienen el derecho de convivir con ambos, aún cuando no vivan bajo el mismo techo.

No podrán impedirse, sin justa causa, las relaciones personales entre el menor y sus descendientes. En caso de oposición, a petición de cualquier de ellos, el Juez de lo Familiar resolverá lo conducente previa audiencia del menor, atendiendo su interés superior.

Para los casos anteriores y sólo por mandato judicial, este derecho deberá ser limitado o suspendido considerando el incumplimiento reiterado de las obligaciones de crianza o peligro para la salud e integridad física, psicológica o sexual de los hijos.

Por su parte el artículo 417 establece que, en los casos de desacuerdo entre los padres sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, bien en la controversia de origen o en el incidente respectivo, deberá oírse a los menores.

Y establece la forma de *escuchar* a los menores, que a efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal. Asimismo, deberá estar

presente el Ministerio Público, en su calidad de representante social, quien en unión del juez escuchará al menor.

El artículo 417 Bis dispone que se entenderá por asistente de menores al profesional en *psicología, trabajo social o pedagogía exclusivamente*, adscrito al DIF-DF u otra institución avalada por éste, que asista al menor sólo para efecto de facilitar su comunicación libre y espontánea y darle protección psicoemocional en las sesiones donde éste sea *oído* por el juez en privado, sin la presencia de los progenitores.

Dicho asistente podrá solicitar hasta dos entrevistas previas a la escucha del menor, siendo obligatorio para el progenitor que tenga la guarda y custodia del menor dar cumplimiento a los requerimientos del asistente del menor.

Asimismo, el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, reglamenta en su artículo 941 Bis que cuando deba resolverse sobre cuestiones provisionales de custodia y régimen de convivencia, el juez en la sesión donde sean escuchados los menores, deberán ser auxiliados por el asistente de menores correspondiente, adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo; se dispone también en el mismo numeral que quien tenga a los menores bajo su cuidado, los deberá presentar a la audiencia para que sean escuchados por el Juez y el Ministerio Público adscrito.

El Juez de lo Familiar, oyendo la opinión del Representante Social y valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoraciones psicológicas del menor y de las partes que solicitan su custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

Finalmente sostiene que las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

Por cuanto hace al divorcio, el mismo se encuentra regulado en el Código Civil para el Distrito Federal, capítulo décimo, del Título Quinto, del Primer Libro, que en su artículo 267 establece que:

Artículo 267. El cónyuge que unilateralmente desee promover el juicio de divorcio deberá acompañar a su solicitud la propuesta de convenio para regular las consecuencias inherentes a la disolución del vínculo matrimonial, debiendo contener los siguientes requisitos:

I. La designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores o incapaces;

II.- Las modalidades bajo las cuales el progenitor, que no tenga la guarda y custodia, ejercerá el derecho de visitas, respetando los horarios de comidas, descanso y estudio de los hijos;

III.- El modo de atender las necesidades de los hijos y, en su caso, del cónyuge a quien deba darse alimentos, especificando la forma, lugar y fecha de pago de la obligación alimentaria, así como la garantía para asegurar su debido cumplimiento;

IV.- Designación del cónyuge al que corresponderá el uso del domicilio conyugal, en su caso, y del menaje;

V.- La manera de administrar los bienes de la sociedad conyugal durante el procedimiento y hasta que se liquide, así como la forma de liquidarla, exhibiendo para ese efecto, en su caso, las capitulaciones matrimoniales, el inventario, avalúo y el proyecto de partición;

VI. En el caso de que los cónyuges hayan celebrado el matrimonio bajo el régimen de separación de bienes deberá señalarse la compensación, que no podrá ser superior al 50% del valor de los bienes que hubieren adquirido, a que tendrá derecho el cónyuge que, durante el matrimonio, se haya dedicado preponderantemente al desempeño del trabajo del hogar y, en su caso, al cuidado de los hijos.

El Juez de lo Familiar resolverá atendiendo a las circunstancias especiales de cada caso.

En el entendido del artículo anterior, cuando uno de los cónyuges solicite de manera unilateral el divorcio, deberá acompañar a su solicitud la propuesta de

convenio para regular las consecuencias del divorcio, en el que entre otros requisitos deberá expresarse, como se regula en su fracción I, la designación de la persona que tendrá la guarda y custodia de los hijos menores de edad o de los incapaces; asimismo deberá señalarse, como lo indica la fracción II, las modalidades bajo las cuales el progenitor que no tenga la guarda y custodia, deberá señalarse como se llevará a cabo el ejercicio del derecho de visita.

Siguiendo con el análisis el artículo 282 del mismo Código, sostiene:

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

[...] B. Una vez contestada la solicitud:

II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio. En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres; [...]

Es el artículo 282 entonces el que establece la escucha del menor al señalar las medidas que el juez deberá decretar de manera provisional ante la solicitud de divorcio, medidas que subsistirán hasta en tanto se dicte la sentencia de divorcio, entre ellas, la contemplada en la fracción II del apartado B, consistente en poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo éstos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de acuerdo entre los cónyuges, el Juez resolverá lo que corresponda, tomando en cuenta la opinión del menor de edad; de la misma forma se regula en la fracción III del referido apartado B, que el juez deberá *resolver teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados*, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres.

## CAPÍTULO 2. LA PROTECCIÓN DE LA ESCUCHA DEL NIÑO EN LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

### SUMARIO

*2.1 Declaración de Moscú sobre los Derechos del Niño y la Niña (1918); 2.2 Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra 1924); 2.3 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948); 2.4 Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra 1959); 2.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966); 2.6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966); 2.7 Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Internacional (1969); 2.8 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing 1985); 2.9 Convención sobre los Derechos del Niño (1989); 2.10 Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño y plan de acción para la aplicación (1990); 2.11. Objetivos de desarrollo del Milenio (2002); 2.12 Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Familias. Mar de Plata, Argentina (2012); 2.13. Opiniones Consultivas; 2.13.1 Opinión Consultiva 17/2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño; 2.13.2 Opinión Consultiva 21/2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional; 2.14 Observaciones Generales; 2.14.1 Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado (2009); 2.14.2 Observación General Número 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño; 2.14.3 Observación General Número 17; 2.14.4 Observación General*

*Número 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial 2013.*

El presente capitulo se basa en un análisis sobre la normativa internacional, instrumentos internacionales donde se encuentran regulados los derechos de los niños, en específico se trata de identificar el derecho del niño a ser escuchado, lo anterior, para ir estableciendo parámetros bajo los cuales se deben regir las condiciones para la escucha, por lo anterior, se evitará realizar un análisis panorámico, pero sí un análisis fundamental de la protección de éste derecho del niño.

Una de las principales preocupaciones que surgen cuando se está realizando una investigación referente a los niños, es la urgente necesidad de que los instrumentos internacionales no sólo se queden como el referente histórico del reconocimiento del derecho humano de los niños.

Es evidente que el derecho interno debe adecuarse al derecho internacional, para que éste se materialice, de otra forma no podría ser tomado como referente.

Se analizarán instrumentos internacionales de *soft law* que si bien es cierto no es vinculante, sirven para dar contenido y sentido a los derechos humanos respecto a la titularidad de los niños como sujetos de derechos.

## 2.1 Declaración de Moscú sobre los Derechos del Niño y la Niña (1918)

En febrero de 1918 en Moscú se llevó a cabo la Conferencia Nacional de las Organizaciones por la Educación Cultural, en la cual al finalizar se concluyó en la redacción de la Declaración de los Derechos del Niño y la Niña que incluía derechos mucho más allá de lo que se entendían como derechos de los niños.



Su principio fundamental consistía en el fortalecimiento de la posición de los niños en la sociedad con el objetivo de lograr las condiciones de igualdad de derechos con los adultos, independientemente de su edad, debido a ello, la Declaración no especifica alguna edad para cual el niño debe ser considerado como tal.

Dicha declaración es importante traerla a colación, debido a que su objetivo primordial iba encaminado a la creación de condiciones de vida que permitieran a los niños una vida digna y el desenvolvimiento libre de sus necesidades, capacidades, así como sus habilidades; incluso fue una de las primeras declaraciones donde se consideraba a los niños como seres que merecían el reconocimiento de la sociedad desde su infancia.

La declaración a la que se hace alusión, en los artículos que nos interesen en la presente, sostenían lo siguiente:

3. Todo niño, independientemente de su edad, es una personalidad determinada y bajo ninguna circunstancia deberá ser considerado propiedad ni de sus padres, ni de la sociedad, ni del Estado.
8. A cualquier edad, el niño tiene las mismas libertades y los mismos derechos que las personas adultas y mayores de edad. Y si es que uno u otro de sus derechos no sea ejercido por el niño, el único motivo permisible para ello será que todavía el niño no tiene las fuerzas físicas y mentales necesarias para hacerlo. Desde el momento en que llegue a tener estas fuerzas, la edad no podrá ser obstáculo para el uso de estos derechos.
11. Todos los niños tienen el derecho de participar en la redacción de las normas que regulan su vida y sus actividades. Estas reglas serán la expresión de su voluntad en general.
14. Todo niño podrá expresar libremente su opinión y sus pensamientos, ya sea en forma verbal o escrita, al igual que los adultos, es decir, solamente con las restricciones que dicta el bienestar de la sociedad y de las personas que la conforman; estas deben orientarse e razón del niño y ser definidas con exactitud por la ley.

17. El Estado y la sociedad se empeñarán con todos los medios en garantizar que todos los derechos de los niños aquí mencionados no sufran ninguna restricción. Protegerán estos derechos de todo intento de disminuirlos y obligarán a todos aquellos que no cumplan con sus obligaciones para con los niños a hacerlo.

Como se puede observar, ésta declaración no sólo contenía propiamente obligaciones del Estado, la sociedad o los padres para con los niños, sino que se preocupaba por que se establecieran las condiciones de vida y de acción que ofrecieran a los niños una vida digna y la posibilidad de desarrollar de manera libre sus necesidades, fuerzas y capacidades.

De los artículos antes transcritos se colige que no se vislumbra a los niños como personas incapaces, sino todo lo contrario, ya que se les consideraba personas con capacidades específicas, razón por la cual debían ser reconocidas por la sociedad.

Aunado a lo anterior, es la primera vez que se pudiese interpretar que los niños son sujetos de derechos ya que refiera dicha declaración que quienes deben disponer de los derechos de los niños son los niños mismos y no cualquier persona adulta.

No obstante, es un claro precedente de que los niños no estaban en camino de ser personas, sino que, bajo su condición de niños, ya eran considerados como personas a las cuales se le debían respetar sus derechos.

## 2.2 Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra 1924)

Poco después de la Declaración de Moscú sobre los Derechos del Niño y la Niña, tenemos a la Declaración de Ginebra de 1924, que fue la primera carta que contenía los Derechos de la Infancia, lo que la convierte en un referente ineludible.

Incluso se dice que sin duda *esta declaración no es un instrumento diplomático; no compromete a los gobiernos ni a los estados. Es un acto de fe. Expresa una esperanza. Quiere unir en un mismo pensamiento, en una sola confianza, a los hombres y mujeres de todas las naciones.*<sup>189</sup>

Menciona Francisco Jiménez que la Asociación Internacional de Protección a la Infancia promulgó la primera declaración sistemática de los Derechos del Niño, principios que fueron redactados por Englantyne Jebb.<sup>190</sup>

Englantyne Jebb, era una pedagoga suiza que, al estallar la Primera Guerra Mundial, y al percatarse del estado en el que vivían los niños, sabía que los niños necesitaban alimentos, médicos, enfermeras, necesitaban la acción del gobierno, consideró que era necesaria una fundación para salvar a los niños, porque los niños necesitaban una protección especial de sus derechos.

Por lo que, en abril de 1919, Eglantyne Jebb crea la Save the Children Fund con el objetivo de reunir una base económica suficiente para enviar (en ese momento a Viena), pero la intención principal era procurar más adelante otras ayudas a diferentes países, ya que los niños de otros países estaban en una situación peor que la de los niños ingleses más pobres.

El principio que marcaba a ésta fundación fue principalmente el de la no discriminación, por lo que todo Inglaterra hablaba de la actuación de la Save the Children Fund, con lo cual logró un papel fundamental en la elaboración de la Declaración de Ginebra.

Se le conoce a dicha Declaración como la Declaración de Ginebra, misma que fue aprobada en 1924 por la Sociedad de Naciones, dicha Declaración

---

<sup>189</sup> Declaración de Ginebra 1924, [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf)

<sup>190</sup> Jiménez García, Joel Francisco, *El derecho del menor*, México, UNAM-IIJ, 2012, p. 13.

establecía la obligación de los padres, la sociedad y el Estado para con los niños, y por primera vez se mencionaban los derechos de los niños.

Englantyne Jebb estaba convencida de que tan sólo una protección adecuada de la infancia y su educación en espíritu de servicio podrían garantizar al mundo un futuro mejor, por lo que dicha filosofía se trasladó a la Declaración de Ginebra, tal como lo veremos más adelante.

Se tiene que la Declaración de los Derechos del Niño de 1924 (Declaración de Ginebra), fue el primer instrumento jurídico internacional que reconocía los derechos de los niños y la responsabilidad de los adultos para con ellos, su objetivo principal: proteger los derechos humanos del niño; contenía un preámbulo y cinco principios que a la letra decían:

Por la presente Declaración de los Derechos del Niño, llamada Declaración de Ginebra, los hombres y las mujeres de todas las naciones, reconociendo que la humanidad debe dar al niño lo mejor de si misma, declaran y aceptan como deber, por encima de toda consideración de raza, nacionalidad, o creencia que:

Primero.- El niño debe ser puesto en condiciones de desarrollarse normalmente desde el punto de vista material y espiritual.

Segundo.- El niño hambriento debe ser alimentado, el niño enfermo debe ser atendido, el niño deficiente debe ser ayudado, el niño desadaptado debe ser radicado, el huérfano y el abandonado deben ser recogidos y ayudados.

Tercero.- El niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad.

Cuarto.- El niño debe ser puesto en condiciones de ganarse la vida y debe ser protegido de cualquier explotación.

Quinto.- El niño debe ser educado inculcándose el sentido del deber que tiene de poner sus mejores cualidades al servicio del prójimo.<sup>191</sup>

---

<sup>191</sup> Puede consultarse en: Declaración Ginebra de 1924. Consultada en: [http://poscla.org/libros/adultos/Declaracion\\_de\\_Ginebra\\_1924.pdf](http://poscla.org/libros/adultos/Declaracion_de_Ginebra_1924.pdf), fue consultada el 24 de agosto 2015.

La protección de los derechos de la infancia reconocida en ésta declaración muestra una clara presencia de lo que hoy consideramos interés superior del menor, al expresar primero a los niños.

La Declaración de Ginebra, como las declaraciones aquí mencionadas son instrumentos internacionales que sirven como textos de validez a nivel universal, y son instrumentos de *soft law* por lo que son consideradas de aplicación no obligatoria.

### 2.3 Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948)

La Declaración Universal de los Derechos Humanos fue el parteaguas del sistema universal de protección de los derechos humanos, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó la Declaración el diez de diciembre de 1948, y es desde entonces una fuente de inspiración y el reflejo de la lucha constante por y para que los derechos humanos sean una realidad.

La Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 se inspira en el texto de la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, pero si algo deja en claro la Declaración es el reconocimiento de los derechos humanos, así como el respeto a la dignidad, si bien la Declaración no menciona a los niños como tal, si lo hace al señalar en su artículo 1° lo siguiente:

Todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Afirmando lo anterior en lo establecido en el artículo 2°:

Toda persona tiene todos los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición. Además, no se hará distinción alguna

fundada en la condición política, jurídica o internacional del país o territorio de cuya jurisdicción dependa una persona, tanto si se trata de un país independiente, como de un territorio bajo administración fiduciaria, no autónomo o sometido a cualquier otra limitación de soberanía.

Pero es precisamente en el artículo 25.2 donde hace alusión a la protección y podría decirse incluso que, al reconocimiento de los derechos humanos de los niños, cuando menciona que la infancia tiene cuidados y asistencia especiales, y que todos los niños nacidos de matrimonio o fuera de éste, tienen derecho a igual protección social.

#### 2.4 Declaración de los Derechos del Niño (Ginebra 1959)

La nueva situación de la infancia después de la Segunda Guerra Mundial, explica la nueva Declaración, ya que al concluir la guerra y la posterior aprobación la Declaración Universal de los Derechos Humanos, trae como consecuencia la modificación de la Declaración de Ginebra, originándose una segunda Declaración a la que denominaron Declaración de los Derechos del Niño.<sup>192</sup> Lo anterior, al considerarse que en la Declaración de Ginebra de 1924 existían ciertas deficiencias. Ésta Declaración supuso el primer gran consenso internacional sobre los principios fundamentales de los derechos del niño.

En ese sentido, si hay una declaración que enuncie y reconozca de forma textual los derechos de los niños, es precisamente la Declaración de los Derechos del Niño de 1959, pues establece principios fundamentales que constituyen los derechos de los que deben gozar los niños, de ahí su relevancia pues fue el primer consenso internacional que reconoció la existencia de los derechos de los niños.

---

<sup>192</sup> Véase la Declaración de los Derechos del Niño, consultada en: <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>, consultada el 24 de agosto 2015.

Esta Declaración fue aprobada el 20 de noviembre por 78 Estados Miembros de la Organización de las Naciones Unidas, en ella se reconoce al niño universalmente como ser humano, capaz de desarrollarse física, mental, social, moral y espiritualmente con libertad y dignidad.

En su preámbulo encontramos la preocupación por el bienestar del niño al decir que “la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”; menciona que el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidado especiales, así como una debida protección legal antes y después del nacimiento.

Dicha Declaración proclama que el niño pueda tener una infancia feliz y gozar, en su propio bien y en bien de la sociedad, de los derechos y libertades que en ella se enuncian, pero lo más importante es que insta a los padres, a los hombres y mujeres individualmente y a las organizaciones particulares, autoridades locales y gobiernos nacionales a que reconozcan esos derechos y que luchen por su observancia con medidas legislativas y de otra índole.

Se compone de diez principios fundamentales que todos los Estados Miembros se comprometieron a respetar, pues al adoptar medidas legislativas referentes a los derechos de los niños, debían hacerlo acorde a los principios establecidos en esta Declaración, considerando como principio fundamental el interés superior del niño, estos principios medularmente sostienen lo siguiente:

1. El derecho a la igualdad, sin distinción de raza, religión o nacionalidad.
2. El derecho a tener una protección especial para el desarrollo físico, mental y social del niño.
3. El derecho a un nombre y a una nacionalidad desde su nacimiento.
4. El derecho a una alimentación, vivienda y atención médicos adecuados.
5. El derecho a una educación y a un tratamiento especial para aquellos niños que sufren alguna discapacidad mental o física.
6. El derecho a la comprensión y al amor de los padres y de la sociedad.
7. El derecho a actividades recreativas y a una educación gratuita.

8. El derecho a estar entre los primeros en recibir ayuda en cualquier circunstancia.
9. El derecho a la protección contra cualquier forma de abandono, crueldad y explotación.
10. El derecho a ser criado con un espíritu de comprensión, tolerancia, amistad entre los pueblos y hermandad universal.

Como se puede observar ni la Declaración de Ginebra de 1924 ni la de 1959 se pronuncian respecto a la edad en la que debemos considerar a los niños, ni el niño es considerado como sujeto de derecho, por lo que si bien es cierto contienen un esbozo de los derechos de los niños de una forma muy generalizada, se tiene aún una mentalidad de ayuda y protección, más que en la de considerar a los niños como titulares de derecho.

No obstante, se colige el derecho de los niños al desarrollo de su personalidad, teniendo un tinte progresivo, al referirse a la protección especial para su desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social en forma saludable y normal y el derecho a la educación, en el cual se encuentran implicados los gobiernos, la sociedad y los padres, planteando con ello una nueva ética a favor de la infancia, de su lectura se coligen los principios bajo los cuales se les deben proteger.

Sin embargo, se destaca que no constituían obligación legal para los países que la firmaran, lo cual los convierte en instrumentos de *soft law*, y que como tal, sirvieron de referencia al momento de redactar los instrumentos internacionales.

## 2.5 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966)

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>193</sup> fue aprobado por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, mismo que menciona en su preámbulo que conforme a los

---

<sup>193</sup> Véase en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/CESCR.aspx>, consultado el 24 de agosto 2015.



principios enunciados en la Carta de las Naciones Unidas, la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana y de sus derechos iguales e inalienables.

En este Pacto los Estados Partes se comprometieron a garantizar el ejercicio de los derechos enunciados en el mismo, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

El artículo que hace alusión a los niños es el 10° que sostiene que los Estados Partes reconocen que se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

Asimismo, sostiene que se debe conceder especial protección a las madres durante un período de tiempo razonable antes y después del parto; y deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia en favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Menciona que debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social.

De su numeral 12 se colige un derecho de los niños, aunque este término no sea utilizado como tal, se dice los Estados Partes reconocen el derecho de toda persona al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental, y en su punto 2 a) señala como medida para la plena efectividad de este derecho la reducción de la mortalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

## 2.6 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966)

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos constituye el paso más importante para la incorporación de los derechos contenidos en la Declaración

Universal de Derechos Humanos, pues crea un régimen de obligaciones positivas, vinculantes sobre los Estados, el ideal de dicho instrumento consiste en que el ser humano sea libre en el disfrute de las libertades civiles y políticas, y que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus derechos civiles y políticos, tanto como de sus derechos económicos, sociales y culturales, protocolo mencionado anteriormente.

Cuando nos referimos a derechos civiles y políticos, hablamos de derechos humanos, considerados también como derechos de libertad, fundamentalmente el pacto contempla la intervención del Estado en la libertad de todo ser humano.

En ese contexto, y por cuanto hace al tema que nos ocupa, dentro del articulado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos<sup>194</sup> aprobado por la Asamblea General de Organización de las Naciones Unidas en diciembre de 1966, se colige en su artículo 24.1 que todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social, posición económica o nacimiento, a las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y del Estado.

Es decir, reconoce el derecho de protección que todo niño requiere por su condición de menor, sin indicar, como todos los instrumentos anteriores, cuándo un niño alcanza la mayoría de edad.

Lo cierto es que hace referencia a posibles motivos de discriminación y a las medidas de protección que se deben aplicar en esta hipótesis.<sup>195</sup>

Sin embargo, considero que se limita, debido a los derechos protegidos en el mismo, a señalar en su artículo 14 que todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia; aduce que toda persona tendrá derecho a ser oída

---

<sup>194</sup> Véase Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consultado en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>, consultado el 24 de agosto 2015.

<sup>195</sup> Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos de los Menores de edad perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM-IIJ, 2010, p. 37.

públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. Es decir, dentro del término persona se encuentran los niños y uno de sus derechos es entonces ser iguales ante las autoridades y ser oído, en cualquier acusación de índole penal, pero por analogía podríamos pensar que en cualquier tipo materia.

## 2.7 Convención Americana sobre Derechos Humanos y su Protocolo Internacional (1969)

También conocida como Pacto de San José, debido a que en 1969 se redactó en la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos en San José Costa Rica, por los delegados de los Estados Miembros de la Organización de los Estados Americanos.

Esta Convención<sup>196</sup> en su artículo 1° dice que los Estados Partes se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

De igual forma, el término niño no se encuentra de forma textual en la Convención, sin embargo, el propio artículo 1° dice que persona es todo ser humano.

---

<sup>196</sup> Véase Convención Americana sobre Derechos Humanos, consultada en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm), consultada el 27 de agosto 2015.

Si en ese contexto, entendemos que persona es también un niño, entonces el artículo 11, reconoce su dignidad, parte importante para la implementación de todo derecho.

Para nuestra investigación es importante señalar el artículo 13.1 alude al derecho que toda persona tiene (entre ellas los niños) a la libertad de pensamiento y expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

Asimismo, el artículo 19, sostiene que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Decir que la protección es obligación de la familia, la sociedad y el Estado, es el reflejo de trabajo que todos universalmente deben hacer para lograr la plena satisfacción de los derechos humanos de los niños.

Alude Sergio García que hay una compleja relación ente el niño y el poder (político o social), arraigada muy hondamente en convicciones y tradiciones; una relación difícil de zanjar, que origina un problema de fondo en tomar decisiones que atañen a menores de edad.<sup>197</sup>

El artículo antes citado, si bien refiere la protección del niño, cierto es también, que esta Convención no define el concepto niño, es decir, a partir de qué edad a que edad se considera a una persona niño.

Esta disposición tiene precedente en artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que pone énfasis en la tutela igualitaria de los niños.<sup>198</sup>

---

<sup>197</sup> Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 9.

<sup>198</sup> *Ídem*

Por cuanto al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, también conocido como el "Protocolo de San Salvador" de 1988, en su artículo 16 establece:

Todo niño sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo.

De igual forma, no establece que se entiende por niño, pero si es visible la protección a los derechos de la niñez, así como el impacto que los derechos de familia específicamente, pueda tener en relación con otros derechos, como los civiles, sociales y culturales.

## 2.8 Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing 1985)

Estas reglas mínimas fueron adoptadas el 29 de noviembre de 1985, por la Asamblea General de las Naciones Unidas, mediante la resolución 40/33, teniendo como principio que los Estados Miembros procuraran, en consonancia con sus respectivos intereses generales, promover el bienestar del menor y su familia.

Así como lo señala su artículo 1.2 tiene como objetivo crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el periodo de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado,

un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento de delito y delincuencia posible.<sup>199</sup>

Para las Reglas Mínimas un menor es todo niño o joven que, con arreglo al sistema jurídico respectivo, puede ser castigado por un delito en forma diferente a un adulto.<sup>200</sup> Es preciso señalar que si bien las reglas mínimas fueron creadas para aquellos niños o menores -como lo mencionan las Reglas Mínimas- que tengan problemas con la ley, es decir, que se le haya imputado la comisión de algún delito o se le haya considerado culpable, eso no quiere decir, que no pueda servir de fundamento en la presente investigación, máxime que en su numeral 1.3 establece como objeto promover el bienestar del menor.

Es decir, asegura que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción.<sup>201</sup> El principio de proporcionalidad lo encontramos en los artículos 5° y 17.1 de las Reglas de Beijing.

Tanto en el artículo 2.2 como en el artículo 4.1 se deja abierta la puerta a los sistemas jurídicos de cada entidad a establecer las edades que considere pertinentes para la aplicación de dichas reglas.

Estas Reglas Mínimas consideran al niño como sujeto de derechos, por lo que se le reconocen las garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en el que se afecten esos derechos; máxime si en el proceso está en juego su libertad o cualquier otro derecho.

---

<sup>199</sup> Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 10ª reimposición 2014.

<sup>200</sup> *Ídem*

<sup>201</sup> Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 33.

## 2.9 Convención sobre los Derechos del Niño (1989)

El siglo XX marcó cambios fundamentales en la forma de ver a los niños, como vimos la primera Declaración de los Derechos del Niño se realiza en 1954 modificándose en 1959, pero es hasta el año de 1989 que la Asamblea General de Naciones Unidas proclama la Convención sobre los Derechos del Niño,<sup>202</sup> en la que se por primera vez se reconocen los derechos inalienables de todos los niños; Convención que a pesar de haber sido firmada por 195 países, en parte sigue siendo una utopía; de ahí la lucha de ajustar leyes y condiciones derivadas de la ratificación de la Convención.

La fuerte vinculación de la Convención radica de las obligaciones establecidas para todos los Estados que la ratificaron, para los poderes públicos, los padres y la sociedad en su conjunto, incluidos los propios niños, para garantizar el respeto de los derechos establecidos en la misma y su disfrute por todos los niños sin distinción de ningún tipo.

De su lectura se colige que desde el preámbulo se reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; asimismo, considera que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño, adoptada por la Organización de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989<sup>203</sup> fue creada

---

<sup>202</sup> Es un instrumento vinculante, consagrado de derechos de los niños, dicha convención cuenta con la mayor ratificación en el mundo, ya que fue ratificado por todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia. Aunque Estados Unidos si bien no ha ratificado la Convención, sí ha ratificado los dos Protocolos facultativos de esta.

<sup>203</sup> Puede verse Convención Internacional de los Derechos del Niño, consultada en: <http://www.humanium.org/es/convencion-adaptada/>, consultada el 27 de agosto de 2015.

para proteger los derechos de los niños de todo el mundo y así mejorar sus condiciones de vida. Dada su relevancia, ha sido uno de los instrumentos internacionales suscrito por casi todos los Estados de la comunidad internacional.

La Asamblea General de Naciones Unidas proclamó en 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño, en la que se reconocen internacionalmente los derechos inalienables de todos los niños y niñas; dicha convención cuenta con la mayor ratificación en el mundo, ya que fue ratificado por todos los Estados, excluyendo a Estados Unidos y Somalia.

En la Convención se fundamenta la doctrina de la protección integral, que reconoce a los niños y niñas como sujetos de derecho y ello implica que tienen capacidad, de acuerdo a su desarrollo, para involucrarse en los asuntos que les conciernen.<sup>204</sup>

Desde su artículo 2.1 y 2.2 se colige la obligación de los Estados Partes a respetar los derechos enunciados en la Convención y a asegurar su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Se dice también que para lo lograr lo anterior los Estados Partes deberán tomar todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.

---

<sup>204</sup> Freitas Barros, Luisa Mercedes, *La Convención Internacional... op. cit.*, p. 432.



Por su parte, el artículo 3° menciona que en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

Por otra parte, el artículo 6° reconoce que todo niño tiene derecho intrínseco a la vida, y que los Estados Partes deben garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

En la parte que nos interesa, el texto de la Convención sobre los Derechos del Niño, dispone en su artículo 12<sup>205</sup> el derecho de los niños a ser escuchados en todos los asuntos que les afecten, es decir, contempla la oportunidad de los niños y niñas a expresar su opinión en cualquier procedimiento en el cual se discutan sus derechos ante una autoridad.

Con ello la Convención no sólo le está dando el carácter de sujetos de derechos a los niños, sino que puso al derecho de ser escuchado, como uno de los pilares de los derechos humanos de los niños, pero además estableció claramente una protección a la dignidad, dándoles la titularidad del derecho a ser escuchados, bajo la premisa de que a los niños se les debe considerar como sujeto de derecho y no como objeto.

Esta Convención refleja una buena disposición por parte de una mayoría de países del mundo para tomar en serio a los niños y para velar por sus intereses,

---

<sup>205</sup> Artículo 12. 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

pues reconoce por primera vez a los niños como sujetos de derecho en lugar de verlos solo como objetos protegibles.<sup>206</sup>

Siguiendo el artículo 12 de la Convención citada, la opinión debe ser escuchada, cuando los niños: estén en condiciones de juzgarse un juicio propio y en función de su madurez.

Es decir, la Convención sobre los Derechos del Niño en su artículo referente a la escucha, establece únicamente el derecho de los niños a ser escuchados, más no especifica las condiciones bajo las cuales se debe escuchar, dejando a los Estados que ratificaron dicha Convención la libertad de crear sus propios procedimientos.

Ésta libertad trae como consecuencia que el derecho que se le confirió a los niños quede en manos del poder de cada Estado en cuanto a la decisión de cómo deben ser escuchados; y sólo por la inexistencia de condiciones establecidas.

Dicha Convención Internacional sostiene en que en todas las decisiones que tengan que ver con niños, se debe tener en cuenta sus intereses, asimismo establece que el Estado debe respetar el derecho y la obligación de los padres de guiar y aconsejar a los niños en el ejercicio de sus derechos y en el desarrollo de sus capacidades, así como, garantizar su supervivencia y su crecimiento, proporcionando todo lo que necesitan para su desarrollo.

Por su parte, Olga Mesa sostiene que fue la Convención Internacional de los Derechos del Niño la que revolucionó desde nuevos paradigmas el ancestral concepto de la capacidad de los niños y las niñas al institucionalizar la doctrina de la protección integral sustentada en los principios básicos de considerar al niño como sujeto de derecho y el de hacer prevalecer en todo caso el interés superior del niño.<sup>207</sup>

---

<sup>206</sup> Gaitán, Lourdes, Liebel, Manfred, *Ciudadanía y Derechos... op. cit.*, p. 29.

<sup>207</sup> Mesa Castillo, Olga, *El niño discapacitado...op. cit.*

No obstante, lo que ha generado confusión en torno a éste derecho, es que en el artículo 12 de la Convención se colige que se dará la oportunidad al niño de ser oído, y aduce -ya sea directamente o por medio de un representante u órgano apropiado-, la conjunción "o" que contiene esta norma da la posibilidad a los Estados Partes de optar porque los niños sean escuchados a través de otras personas, razón por la cual se sostiene que para cumplir con el mandato de la Convención bastaría con un sistema de asistencia estatal que se hiciera cargo de recoger y transmitir la opinión del niño.

En esta Convención es muy evidente que los Estados Partes deben en todo enfocarse en el desarrollo integral del menor, por lo que en su artículo 27.1 se dice que tienen que reconocer el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. Para ello se establece en el artículo 27.3 que los Estados Partes adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda.

La importancia de la Convención sobre los Derechos de los Niños,<sup>208</sup> radica en que es ahí donde a los niños se les reconoció como sujetos de derechos, es decir, se perdió la idea de que los niños y las niñas son un objeto de protección, lo cual tienen que representar sus padres. Los niños y las niñas son, a partir de dicha Convención, seres humanos portadores de derechos, pero también de atributos.

Esta Convención reconoce en su Preámbulo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión; asimismo, considera que el niño

---

<sup>208</sup> Véase Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, consultada en: [http://www.unicef.org/honduras/Declaracion\\_mundial\\_supervivencia\\_proteccion.pdf](http://www.unicef.org/honduras/Declaracion_mundial_supervivencia_proteccion.pdf), consultada el 10 de septiembre 2015.

debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

Vemos como desde el Preámbulo se reconoce la importancia del desarrollo, evolución y progresividad de madurez de los niños y niñas, así como la necesidad de distinguir las diferentes etapas que observan en su desarrollo.

Es evidente que dicha Convención, se refiere a los niños plenos sujetos de derechos, profundizando así en los derechos humanos que tienen por ser niños y niñas, pero que tienen además por el simple hecho de ser personas.

Pero además sostiene que los derechos de los niños deben ser efectivos y las opiniones deben ser tomadas en cuenta de acuerdo a la edad y grado de madurez, garantizando así el interés superior del menor, lo cual no es otra cosa que una coherencia con lo establecido en la Convención.

Mary Beloff sostiene que la Convención fue planteada como techo de los derechos de los niños y no como piso que ocupó la centralidad del debate en torno de la protección de la infancia y que lleva lo políticamente correcto a extremos paradigmáticos.<sup>209</sup>

Con el afán de hacer cumplir y respetar los derechos establecidos en ella se crea un órgano denominado Comité de los Derechos del Niño, que vigila que los Estados Partes cumplan con lo establecido en la Convención.

Los países que ratificaron la Convención al haber aceptado el cumplimiento de las normas de la Convención, están obligados a armonizar sus leyes, políticas y prácticas con las normas de la Convención; a convertir estas normas en una

---

<sup>209</sup> Citada por Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p.34.

realidad para los niños y niñas, y a abstenerse de tomar cualquier medida que pueda impedir el disfrute de estos derechos.

Su fundamento radica en el artículo 43 de la Convención sobre los Derechos del Niño, donde establece que la finalidad de dicho órgano es examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes en la Convención.

Pero no sólo supervisa que los Estados Partes que ratificaron la Convención cumplirán con lo ahí establecido, sino que también supervisa la aplicación de los tres protocolos facultativos de la Convención relativos a la participación de niños en los conflictos armados (2000), relativo a la venta de niños, la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía (2000) y relativo a un procedimiento de presentación de comunicaciones (2011).<sup>210</sup>

En el artículo antes señalado se colige que el Comité está integrado por dieciocho expertos de gran integridad moral y reconocida competencia en las esferas reguladas por la Convención.<sup>211</sup>

Para cumplir con su principal función los Estados Partes deben presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas, informes sobre las medidas que hayan adoptado para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos. Mismo que debe indicar las circunstancias y dificultades, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención, así como contener información suficiente para que el Comité comprenda de la aplicación de la Convención en el país de que se trate.<sup>212</sup>

---

<sup>210</sup> Véase <http://www.humanium.org/es/convencion/>, consultado el 31 de agosto 2015.

<sup>211</sup> Las elecciones se llevan a cabo en una reunión de los Estados Partes convocada por el Secretario General en la Sede de las Naciones Unidas, en la que la presencia de dos tercios de los Estados Partes constituirá quórum, las personas seleccionadas para formar parte del Comité serán aquellos candidatos que obtengan el mayor número de votos y una mayoría absoluta de los votos de los representantes de los Estados Partes presentes y votantes.

<sup>212</sup> Véase Reglamento del Comité de los Derechos del Niño.

Una vez examinados los informes de los Estados Partes, el Comité puede hacer las sugerencias y las recomendaciones generales que considere apropiadas acerca de la aplicación de la Convención por el Estado que ha presentado el informe para que éste presente sus comentarios.

Finalmente, el Comité además de revisar los informes y examinar las comunicaciones, cuenta con la facultad de emitir Observaciones Generales que tienen como finalidad explicar y aclarar algunos derechos y de esta forma guiar a los Estados a implementarlos, es decir, formula interpretaciones sobre ciertas disposiciones de la Convención de los Derechos del Niño.

A pesar de que la Convención sobre los Derechos del Niño es uno de los instrumentos internacionales con mayor número de ratificaciones, no todos los países en el continente americano han armonizado sus legislaciones internas con los principios establecidos en ella, y los que lo han hecho han enfrentado dificultades para llevarlos a la práctica.<sup>213</sup>

#### 2.10 Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño y plan de acción para la aplicación (1990)

La Cumbre Mundial en Favor de la Infancia (CMFI) se celebró en 1990, menos de un año después de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. La Cumbre adoptó una Declaración y un Plan de Acción, que incluía 27 metas para la supervivencia, el desarrollo y la protección de la infancia y la adolescencia.

Éste documento contiene directrices respecto a las políticas hacia la infancia en todo el mundo, su intención consistía en adoptar y aplicar un Plan de

---

<sup>213</sup> Opinión Consultiva 17/2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), consultada el 10 de septiembre 2015.

Acción que sirviera de marco de referencia para la realización de actividades nacionales e internacionales más específicas. Su fin último sostenía que *no puede haber una tarea más noble que la de dar a todos los niños un futuro mejor.*<sup>214</sup>

La Cumbre Mundial tenía como propósito buscar un mayor reconocimiento de los derechos del niño, por lo que adoptó una Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo, y ese Plan de Acción para su aplicación.

En el numeral 8° de dicha Declaración<sup>215</sup> se menciona que, en conjunto, los países cuentan con medios y conocimientos para proteger la vida y mitigar considerablemente los sufrimientos de los niños, fomentar el pleno desarrollo de su potencial humano y hacerles tomar conciencia de sus necesidades, sus derechos y sus oportunidades. Dice que la Convención sobre los Derechos del Niño ofrece una nueva oportunidad para que el respeto de los derechos y el bienestar del niño adquieran un carácter realmente universal.

Dentro del Plan de Acción para la aplicación<sup>216</sup> se dice que como los niños de hoy son los ciudadanos del mundo de mañana, su supervivencia, su protección y su desarrollo son requisitos básicos para el desarrollo futuro de la humanidad.

Una de las principales metas del desarrollo de cada país debe ser el ofrecer a la generación más joven conocimientos y recursos que le permitan satisfacer sus necesidades humanas básicas y aprovechar al máximo su potencial. Como su desarrollo individual y su contribución social determinarán el futuro del mundo, las inversiones que fomenten la salud, la nutrición y la educación de los niños son las bases del desarrollo nacional.

---

<sup>214</sup> Véase Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, consultada en: [http://www.unicef.org/honduras/Declaracion\\_mundial\\_supervivencia\\_proteccion.pdf](http://www.unicef.org/honduras/Declaracion_mundial_supervivencia_proteccion.pdf), consultada el 10 de septiembre 2015.

<sup>215</sup> *Ídem*

<sup>216</sup> *Ídem*

## 2.11 Convenio europeo sobre el ejercicio de los derechos del niño (1996)

El día 5 de diciembre de 1997 el Plenipotenciario de España firmó en Estrasburgo el Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, hecho en dicha ciudad el 25 de enero de 1996, entre los países que lo ratificaron encontramos a Alemania, España, Francia, Italia y Finlandia, con una reciente entrada en vigor, entre los años 2000 y 2015.

Desde el Preámbulo se advierte que el objetivo del Convenio es promover los derechos y los intereses superiores de los niños y de que, con este fin, los niños tengan la posibilidad de ejercitar sus derechos, en particular, en los procedimientos de familia que les afecten.

El Convenio Europeo reconoce que los niños deberían recibir la información pertinente con el fin de que puedan promoverse sus derechos e intereses superiores, y que debería tenerse en cuenta la opinión de aquéllos.

Sin dejar de reconocer la importancia del papel de los progenitores en la protección y la promoción de los derechos e intereses superiores de los niños y considerando que los Estados deberían, en su caso, participar también en dicha protección y promoción.

Como se observa en el artículo 1º se dice que dicho Convenio *se aplicará a los niños que no hayan alcanzado la edad de 18 años,*<sup>217</sup> y que el objeto además de lo antes mencionado, es concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de otras personas u órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial.

---

<sup>217</sup> Véase: Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, consultado en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-1752](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-1752).



Es interesante el objetivo toda vez que a diferencia de la Convención sobre los Derechos del Niño éste Convenio sí da la oportunidad a los niños de que por sí ejerzan sus derechos, pero se contradice al sostener que a través de otras personas sean informados y autorizados para participar.

Se dice que para el Convenio se entenderá por procedimientos que afecten a los niños ante una autoridad judicial los procedimientos de familia, en particular los relativos al ejercicio de responsabilidades parentales tales como las que se refieren a la residencia y al derecho de visita respecto de los niños.

En su artículo 6° se dice que en los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial, antes de tomar cualquier decisión,<sup>218</sup> deberá primero examinar si dispone de información suficiente con el fin de tomar una decisión en el interés superior de aquél y, en su caso, recabar información complementaria, en particular de los titulares de las responsabilidades parentales, y segundo que cuando según el derecho interno se considere que el niño posee discernimiento suficiente el Juez deberá asegurarse de que el niño ha recibido toda la información pertinente, permitir al niño expresar su opinión, pero lo más importante, tener debidamente en cuenta la opinión expresada por el niño.

Este enfoque que recoge la Convención Europea sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, la que establece el derecho de los niños a tener información pertinente, a ser consultados y emitir su opinión, a ser informados de las consecuencias de la puesta en práctica de su opinión y de toda decisión, así como el derecho a ser asistidos por una persona a su elección para expresar sus puntos de vista, nombrar su representante y ejercer todos o algunos derechos propios de las partes en los procedimientos en que se vean involucrados.

Y siguiendo su artículo 12° que sostiene:

---

<sup>218</sup> *Ídem*

## Artículo 12.

1. Las Partes fomentarán, a través de los organismos que tengan, entre otras, las funciones a que se refiere el apartado 2, la promoción y el ejercicio de los derechos de los niños.

2. Esas funciones serán las siguientes:

- a) formular propuestas para reforzar las disposiciones legales relativas al ejercicio de los derechos de los niños;
- b) emitir dictámenes sobre los proyectos legislativos relativos al ejercicio de los derechos de los niños;
- c) proporcionar información general relativa al ejercicio de los derechos de los niños a los medios de comunicación, al público y a las personas y organismos que se ocupen de las cuestiones relativas a los niños;
- d) recabar la opinión de los niños y proporcionarles toda la información oportuna.

Éste instrumento precisa si bien la forma de promover y garantizar los derechos adjetivos de un menor, considerándose a éste, en consecuencia, como un sujeto, independiente de su representación, no precisa la forma en que los Organismos Nacionales deben escuchar la opinión de los niños, pues hace énfasis en recabar la opinión, pero se deja a un lado la forma, las condiciones.

### 2.12 Objetivos de Desarrollo del Milenio (2002)

Estos objetivos se derivaron de la Declaración del Milenio del año 2000, aprobada por los países miembros de la Naciones Unidas y constituyeron una síntesis orientadora de los temas emanados del conjunto de cumbres de la llamada década normativa de los noventa.<sup>219</sup>

Estos objetivos son creados por la Organización de las Naciones Unidas, para librar a hombres, mujeres y niños de las condiciones deshumanizadoras de la

---

<sup>219</sup> Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *América Latina y el Caribe: una mirada al futuro desde los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe regional de monitoreo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) en América Latina y el Caribe*, Chile, 2015, p. 7.

pobreza extrema, dicho trabajo se inspira de ocho objetivos, que a través de los años han permitido a personas de todo el mundo mejorar sus vidas y sus perspectivas de futuro.

El Proyecto del Milenio de las Naciones Unidas fue encargado en el año 2002 por el Secretario General de las Naciones Unidas para preparar un plan de acción concreto para que el mundo pueda alcanzar los Objetivos de Desarrollo del Milenio y erradicar la extrema pobreza, el hambre y las enfermedades que afectan a miles de millones de personas.<sup>220</sup>

Se trata pues de enfocar los esfuerzos y crear un mundo apropiado para los niños, y promover una vida sana para ellos, estos objetivos se dividen en 8 principales que son:

1. Erradicar la pobreza extrema y el hambre
2. Lograr la enseñanza primaria universal
3. Promover la igualdad de género y el empoderamiento de la mujer
4. Reducir la mortalidad de los niños menores de 5 años
5. Mejorar la salud materna
6. Combatir el VIH/SIDA, el paludismo y otras enfermedades
7. Garantizar la sostenibilidad del medio ambiente
8. Fomentar una alianza mundial para el desarrollo

Son sin duda objetivos bien establecidos, que fijaron una meta para su cumplimiento, para lo cual establecieron el año 2015, sin embargo, al día de hoy aún falta mucho para que esto realmente se cumpla. Lo que si es cierto es que se lucha constantemente, y hay esfuerzos notables para que los Objetivos de Desarrollo del Milenio se hagan realidad.

---

<sup>220</sup> Véase: <http://www.un.org/es/millenniumgoals/bkgd.shtml>, consultado el 9 de noviembre 2015.

Según la evaluación de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), los países de la región lograron entre 2000 y 2015 avances importantes en la reducción de la pobreza extrema, el hambre y la mortalidad infantil, la incorporación de las niñas a la educación y el acceso a agua potable, pero deben hacer mayores esfuerzos en la reducción de la mortalidad materna y de las emisiones de gases de efecto invernadero, entre otras áreas.<sup>221</sup>

Hoy de los Objetivos y metas de la Cumbre del Milenio se vislumbran sustanciales logros a nivel mundial en diversos ámbitos, sin embargo, prevalecen desafíos cruciales para un conjunto significativo de países en el mundo, referentes al logro de cambios estructurales.

### 2.13 Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Familias. Mar de Plata, Argentina (2012)

El XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar con sede en la ciudad de Mar del Plata, Argentina, en el año 2012, donde participaron expertos en la materia de Derecho de Familia, tuvo como resultado la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Familias.<sup>222</sup>

La finalidad de la declaración fue favorecer la universalización y la constitucionalización del derecho familiar; instar a los países y comunidades del mundo que aún no han efectuado la ratificación de declaraciones, tratados y convenciones internacionales de derechos humanos, para que los suscriban e incorporen a sus legislaciones internas, como instrumentos de garantía y protección a todos los seres humanos por igual.

---

<sup>221</sup> Informe sobre el grado de cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) en América Latina y el Caribe, consultado en: <http://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-la-region-cumple-varias-metas-clave-de-los-odm-punto-de-partida-para-abordar-la>

<sup>222</sup> Puede verse Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Familias, consultado en: <http://www.webee.com.ar/congreso-de-la-familia>, consultada el 11 de septiembre 2015.

Asimismo, reconocer a las familias como grupos humanos fundamentales para el desarrollo y plena expresión de sus integrantes, y cimientos necesarios para la construcción y supervivencia de la sociedad, merecedores de la protección de ésta y de los Estados.

Entre sus artículos y con el fin de enfocar nuestra investigación, encontramos que el numeral 12 protege el derecho a la garantía de defensa en los procesos y a la protección de sus peticiones mediante procedimientos adecuados. Se dice que las familias y sus integrantes tienen derecho a la tutela efectiva en los procesos administrativos o judiciales donde se ventilen asuntos relativos a sus relaciones familiares, mediante la participación de abogados y profesionales afines a la materia familiar, y procedimientos adecuados, que garanticen los principios de inmediatez, celeridad, privacidad, confidencialidad, especialidad, interdisciplinariedad, auto-composición de las soluciones, y recurribilidad ante órganos superiores.

#### 2.14 Opiniones Consultivas

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en términos del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene la facultad de interpretación de la propia Convención o bien de algún otro instrumento internacional concerniente a la protección de los derechos humanos, lo anterior, a través de consultas realizadas por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos, la Corte emite opiniones acerca de la compatibilidad entre cualquiera de sus leyes internas y los instrumentos internacionales.

Estas cumplen una función de asesoría amplia sobre las mejores formas de protección de derechos en los estados parte o de la correcta interpretación de la Convención y otros tratados aplicables.<sup>223</sup>

---

<sup>223</sup> Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Instrumentos Internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección*, Chile, Andros, 2014, pp. 17-18.

Las opiniones consultivas emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos son relevantes pues generan una serie de interpretaciones, que, si bien no son vinculantes o forman parte de algún ordenamiento jurídico que las vuelvan *hard law*, y por ende obligatorias, sí forman parte del *soft law*, y sirven como base argumentativa al momento de analizar algún derecho humano en el caso concreto de los niños.

#### 2.14.1 Opinión Consultiva 17/2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño

En este caso analizaremos la opinión consultiva número OC-17/2002<sup>224</sup> de fecha 28 de agosto de 2002, solicitada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y se refiere a la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño.

Dicha opinión consultiva establece que la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño.<sup>225</sup>

En la Consulta, la Comisión, argumentaba que las autoridades estatales debilitaban las garantías judiciales al momento de dictar medidas especiales de protección a favor de los menores, aduciendo las siguientes:

- a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.
- b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los “mejores intereses del niño”, deja en segundo plano esas garantías.

---

<sup>224</sup> Opinión Consultiva 17/2002. Condición Jurídica y derechos humanos del niño, en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf), consultada el 10 de septiembre 2015.

<sup>225</sup> *Ídem*

c. Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.

d. La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso.”<sup>226</sup>

A la Comisión le interesaba que la Corte se pronunciara sobre la compatibilidad de las siguientes medidas especiales que algunos Estados adoptan en relación a menores, con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) mismos que en la parte que interesan, establecen:

#### Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. [...]

#### Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales. [...]

---

<sup>226</sup> *Ídem*

En criterio de la Comisión Interamericana la consulta tiene como antecedente que:

...en distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.<sup>227</sup>

Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben reconocerse a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19,<sup>228</sup> en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño.

La Corte resalta que es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Si se sostuviera otra cosa se desconocería la realidad y se omitiría la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, con grave perjuicio para estos mismos. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.<sup>229</sup>

---

<sup>227</sup> *Ídem*

<sup>228</sup> Artículo 19. Derechos del Niño.- Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

<sup>229</sup> Opinión Consultiva 17/2002.



Aludiendo que, en definitiva, si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías.<sup>230</sup>

Se alude directamente a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y cuya decisión es relevante para su vida futura, con fundamento en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Bajo esta misma perspectiva, y específicamente con respecto a determinados procesos judiciales, la Observación General 13 relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, sobre la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, la Corte señaló que dicha norma se aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales, y determinó que los “menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”.<sup>231</sup>

Sostiene que el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años, tal y como lo establece la propia Convención. Siendo evidentemente, que hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. En ese sentido, la capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años, por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

---

<sup>230</sup> *Ídem.*

<sup>231</sup> *Ídem.*

En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos, en esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos señala que este interés debe ser entendido respecto del niño, niña o adolescente mismo, en cuanto sujeto de derecho, de tal manera que este niño pueda gozar de todos sus derechos y así permitirle el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades.<sup>232</sup>

Dicha opinión, asegura que todas las personas, independientemente de su capacidad, son sujetos de derechos, titulares de los mismos, por ser inalienables e inherentes a la persona humana.

Si bien es cierto, la protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella.

---

<sup>232</sup> La opinión consultiva ha sido fundamental en el avance a ciertos temas relativos a la interpretación de la Convención Americana véase Rábago Dorbecker, Miguel, El Avance de los derechos humanos en las opiniones consultivas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Becerra Ramírez, Manuel (coord.), *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007, pp. 223-271.

## 2.14.2 Opinión Consultiva 21/2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional

La Opinión Consultiva número OC-21/14<sup>233</sup> del 19 de agosto de 2014, correspondiente a los derechos y garantías de niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

La Corte sostiene que la familia a la que todo niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado. No obstante, la Corte recuerda que no existe un modelo único de familia.

Además, en muchas familias las personas a cargo de la atención, el cuidado y el desarrollo de un niño en forma legal o habitual no son los padres biológicos. Más aún, en el contexto migratorio, los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes, máxime cuando, en lo que respecta a niñas y niños, no han contado o convivido con sus padres en tales procesos. Es por ello que el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar de la niña o del niño.

En igual sentido, el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que “el término ‘familia’ debe interpretarse en un sentido amplio que incluya a los padres biológicos, adoptivos o de acogida o, en su caso, a los miembros de la familia ampliada o la comunidad, según establezca la costumbre local”, de conformidad con el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y que las previsiones del artículo 9 relativo a la separación de las niñas y los niños de los progenitores, es aplicable “a cualquier persona que tenga el derecho de custodia, los tutores

---

<sup>233</sup> Opinión Consultiva 21/2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional, consultada en: <http://www.iin.oea.org/pdf-inn/Opinion-Consultiva-19-agosto2014.pdf>, consultada el 13 de septiembre 2015.

legales o habituales, los padres adoptivos y las personas con las que el niño tenga una relación personal estrecha”.

Bajo las consideraciones precedentes, el derecho de la niña o del niño a la protección de la familia, y en particular al disfrute de la vida de familia manteniendo la unidad familiar en la mayor medida posible, siempre prevalecería excepto en aquellos casos en los cuales la separación de la niña o del niño de uno o ambos progenitores sería necesaria en función de su interés superior.

## 2.15 Observaciones Generales

Las Observaciones Generales emitidas por el Comité de los Derechos del Niño son fundamentales al momento de buscar una interpretación fidedigna de los derechos de la infancia establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Comité realiza lo anterior a través de los Informes de los Estados Partes que recibe, por lo que las Observaciones consistentes en recomendaciones generales reflejan acontecimientos recientes y la urgente necesidad de velar por que los derechos de los niños sean respetados.

Cabe señalar que el objetivo de las Observaciones consiste además de promover la aplicación de la Convención, en ayudar a los Estados Partes a cumplir con su obligación de informar, con la finalidad de orientar a éstos en determinadas cuestiones, por lo cual también son consideradas como *soft law* fundamentales para la plena aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

A continuación, esbozaremos algunas Observaciones primordiales que evidencian la necesidad de que los niños sean considerados sujetos de derechos, que sean escuchados en los asuntos donde se ven afectados sus intereses y la falta de condiciones para llevar a cabo una escucha efectiva y asertiva, y que el dicho de los niños debe ser tomado en cuenta.

### 2.15.1 Observación General Número 17, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (2002)

La Observación General número 17 sobre el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Comité de Derechos Humanos señaló que el artículo 24.1 de dicho instrumento reconoce el derecho de todo niño, sin discriminación alguna, a las medidas de protección que su condición de niño requiere, tanto por parte de su familia como de la sociedad y el Estado.

Se dice que la aplicación de esta disposición entraña la adopción de medidas especiales para la protección de los niños, además de las que los Estados deben adoptar, en virtud del artículo 2, para garantizar a todas las personas el disfrute de los derechos previstos en el Pacto. El Comité acotó que los derechos previstos en el artículo 24 no son los únicos aplicables a los niños: éstos “gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él”.

La Corte resalta que los niños y las niñas son titulares de los derechos establecidos en la Convención Americana, además de contar con las medidas especiales de protección contempladas en el artículo 19 de la Convención, las cuales deben ser definidas según las circunstancias particulares de cada caso concreto.

En lo particular interesa cuando la Corte analiza el artículo 8.1 de la Convención Americana, puesto que en él se consagra el derecho a ser oído que ostentan todas las personas, incluidos los niños, en los procesos en que se determinen sus derechos. Dicho derecho debe ser interpretado a la luz del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual contiene adecuadas previsiones sobre el derecho a ser escuchado de las niñas y los niños, con el objeto de que la intervención del niño se ajuste a las condiciones de éste y no redunde en perjuicio de su interés genuino.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo establece el derecho de cada niño

de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, sino el artículo abarca también el subsiguiente derecho de que esas opiniones se tengan debidamente en cuenta, en función de la edad y madurez del niño.

Aduce que no basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso.

Si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución de la cuestión. Por tanto, en el contexto de decisiones judiciales sobre la custodia, toda la legislación sobre separación y divorcio debe incluir el derecho del niño a ser escuchado por los encargados de adoptar decisiones.

#### 2.15.2 Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado (2009)

En el año 2009 el Comité expresó su preocupación al emitir la Observación General número 12<sup>234</sup> Sobre el derecho del niño a ser escuchado, y es que “en la Unión Europea y en el Consejo de Europa se ha puesto de manifiesto la importancia de mejorar las condiciones para el cumplimiento del derecho del niño a ser escuchado,”<sup>235</sup> esto como una forma de garantizar el principio de participación y de otorgarle la máxima protección.

Esto se debe a la “insuficiente previsión legal para el ejercicio de este derecho, y la falta de formación de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, abogados, secretarios y agentes judiciales, policía judicial, forenses) para

---

<sup>234</sup> Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc), consultado el 12 de octubre 2015.

<sup>235</sup> Save the Children España, *Agenda de la Infancia 2012-2015*, en: [http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/465/Agenda\\_de\\_Infancia\\_2012-2015.pdf](http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/465/Agenda_de_Infancia_2012-2015.pdf).

promoverlo y aplicarlo.”<sup>236</sup> Para que este derecho a ser escuchado sea efectivo, se requieren de ciertas condiciones con la finalidad de que el niño y la niña reciban información adecuada y comprensible para su desarrollo madurativo, y éste es precisamente el objetivo de nuestra investigación.

Lo anterior, implica que las instituciones judiciales respeten siempre la primacía de su interés superior, que para escuchar a los niños y niñas se creen espacios apropiados y los mecanismos adecuados que eviten en todo caso las experiencias traumáticas o la doble victimización.

La Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, se realizó por una preocupación generada en España sobre el derecho del niño a ser escuchado, por lo que se establecieron algunas condiciones para que este derecho fundamental se hiciera realidad, en particular en los procedimientos judiciales que afectaren a los niños y niñas.

El Comité estableció que esta disposición era aplicable a todos los procedimientos judiciales que afectaren al niño o a la niña, por ejemplo, “cuestiones de separación de los padres, custodia, adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctimas de violencia, abusos sexuales u otros delitos, menores extranjeros no acompañados o solicitantes de asilo.”<sup>237</sup>

Dicha Observación<sup>238</sup> estableció lo siguiente:

El ejercicio del derecho del niño o los niños a ser escuchados es un elemento fundamental de esos procesos. El concepto de participación pone de relieve que incluir a los niños no debe ser solamente un acto momentáneo, sino el punto de partida para un intenso intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertinentes de la vida de los niños.

---

<sup>236</sup> *Ídem.*

<sup>237</sup> Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc)

<sup>238</sup> *Ídem.*

Y es que “en la Unión Europea y en el Consejo de Europa se ha puesto de manifiesto la importancia de mejorar las condiciones para el cumplimiento del derecho del niño a ser escuchado,”<sup>239</sup> esto como una forma de garantizar el principio de participación y de otorgarle la máxima protección.

La propia observación sostiene que no existe un límite mínimo legal de edad para considerar al niño capaz de emitir opinión, sino que el límite estará dado en cada caso concreto por la capacidad progresiva que éste vaya adquiriendo en relación con el tema a resolverse; siempre debe presuponerse que el niño cuenta con esa capacidad, aun en edades muy tempranas.<sup>240</sup>

Pero finalmente, a pesar de esta observación, que en específico trata la escucha del menor como derecho humano obstaculizado por barreras que dificultan que un niño pueda expresar su opinión sobre cuestiones que lo afectan, pero que además dicha pueda ser tomada en cuenta, las barreras para tener una escucha efectiva son muchas, la aplicación plena de este derecho sigue siendo un factor preocupante.

El Comité recomienda que los Estados garanticen, mediante leyes, normas y directrices de política, que se recaben y se tengan en cuenta las opiniones del niño, en particular en las decisiones relativas a su asignación a hogares de acogimiento familiar o de guarda, la elaboración y la revisión de los planes de guarda y las visitas a los padres y la familia. La realidad que se deduce de la observación es que los Estados partes no siempre tienen en cuenta el derecho del niño a ser escuchado.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Save the Children España, *op. cit.*

<sup>240</sup> Observación General Número 12.

<sup>241</sup> *Ídem.*



### 2.15.3 Observación General Número 14, Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial 2013

Asimismo, la reciente Observación General número 14 del año 2013, emitida por el Comité de los Derechos del Niño, sostiene el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, al establecer:

Todos los Estados partes deben respetar y poner en práctica el derecho del niño a que su interés superior se evalúe y constituya una consideración primordial, y tienen la obligación de adoptar todas las medidas necesarias, expresas y concretas para hacer plenamente efectivas este derecho.<sup>242</sup>

Esta Observación también en su numeral 56 aduce sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, sostiene que la Convención sobre los Derechos del niño parte de un principio radical:

El interés del niño ha de considerarse superior a los demás intereses en juego y su exigibilidad no queda al criterio de los Estados. La rotundidad de este postulado se deriva de la posición de partida de los niños, que tienen menores posibilidades que los adultos de defender con fuerza sus propios intereses, en unos ámbitos de decisión que no están pensados para que ellos participen. Desde la perspectiva sociológica, el Comité afirma que -si los intereses del niño no se ponen de relieve, se suelen descuidar.<sup>243</sup>

Señala que es evidente que las condiciones en las que participa un niño en un proceso no son las mismas en que lo hace un adulto. Por lo tanto, es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento.

---

<sup>242</sup> Observación general 14/2013. Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, consultada el 19 octubre 2015 en:

[http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14\\_sp.pdf](http://www2.ohchr.org/English/bodies/crc/docs/GC/CRC.C.GC.14_sp.pdf)

<sup>243</sup> Véase: [http://www.unicef.cl/web/informes/derechos\\_nino/14.pdf](http://www.unicef.cl/web/informes/derechos_nino/14.pdf)

#### 2.15.4 Observación General Número 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (2015)

La Observación General N° 5 sobre Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, en su artículo 12 referente al derecho del niño a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño y a que se tengan debidamente en cuenta esas opiniones. Sostiene que la escucha es “un principio que pone de relieve la función del niño como participante activo en la promoción, protección y vigilancia de sus derechos”.<sup>244</sup>

Y coincido cuando dice:

...es relativamente fácil aparentar que se escucha a los niños, pero para atribuir la debida importancia a la opinión de los niños se necesita un auténtico cambio. El escuchar a los niños no debe considerarse como un fin en sí mismo, sino más bien como un medio de que los Estados hagan que sus interacciones con los niños y las medidas que adopten en favor de los niños estén cada vez más orientadas a la puesta en práctica de los derechos de los niños.<sup>245</sup>

Es decir, la escucha de los niños no debe ser considerada como una participación simbólica; entender que el término "los asuntos que afectan al niño" implica que se conozca la opinión de los niños sobre cuestiones concretas.

Se debe evitar toda discriminación negativa sobre su condición de persona en desarrollo y generando y exigiendo acciones positivas en orden a la efectividad de todos y cada uno de los derechos y las garantías que les son reconocidos, teniendo especialmente en cuenta los efectos sobre la vida de los niños.<sup>246</sup>

---

<sup>244</sup> Observación General N° 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño consultada el 20 de octubre 2015, en:

[http://www2.ohchr/english/bodies/docs/GC5\\_sp.doc](http://www2.ohchr/english/bodies/docs/GC5_sp.doc)

<sup>245</sup> *Ídem*

<sup>246</sup> Observación General N° 5

## CAPÍTULO 3. ESTUDIO EN EL ÁMBITO DEL DERECHO COMPARADO Y EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL RESPECTO A LA ESCUCHA DEL NIÑO EN LOS PROCESOS JUDICIALES.

### SUMARIO

*3.1 Derecho comparado Interamericano; 3.1.1 Derecho de los niños en Chile; 3.1.1.1 Chile desde su ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3.1.1.2 Derecho de Relación Directa y Regulada; 3.1.1.3 Análisis jurídico-práctico del modelo de Tribunales de Familia Chilenos; 3.1.2 Proyecto de ley que modifica la ley 19.968 en lo relativo al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos boletín 5665-18 Congreso Nacional; 3.2 Derecho de los niños en Argentina; 3.2.1 Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño; 3.2.2 Análisis jurídico-práctico del modelo de Tribunales de Familia; 3.3 Casos internacionales; 3.3.1 Caso Atala Riffo y niñas Vs. Chile; 3.3.2 Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina*

#### 3.1 Derecho comparado Interamericano

Son muchos los escépticos que consideran que el tema de la escucha del niño no es un problema grave, incluso que no es necesario analizarlo, ya que cada quien escucha al niño como mejor considere, dentro las circunstancias que sea posible realizarla, esto derivado de la invisibilidad que se da a los derechos de los niños; cierto es que la Convención sobre los Derechos del Niño da la pauta para que cada país de cumplimiento a dicho derecho de la forma que considere pertinente hacerlo.

Sin embargo, al analizar el tema de la escucha del niño desde un análisis comparado, nos percatamos que efectivamente los países analizados no han encontrado de que formar dar cumplimiento efectivo a la Convención y han tratado de esforzarse por no ir en contra de los derechos protegidos tanto en su artículo 3° como en su artículo 12, pero todos coinciden que en sus códigos, leyes o

reglamentos no se encuentra un apartado que les diga cómo deben realizar la escucha del menor para que ésta sea efectiva.

Me parece que es necesario retomar los derechos de los niños que se han visto tan disminuidos desde el año 1990 (fecha en que aproximadamente se ratificó la Convención por varios países) a la fecha, veintiséis años en los que nos ha parecido muy normal que la opinión del niño sea o no tomada en cuenta, y que se realice de la forma que el juez considere.

¿Qué pasaría si al que no se le escuchara de forma adecuada fuese un adulto? Los niños al igual que los adultos tienen derechos, sólo que en la práctica estos se encuentran limitados, en gran parte por la representación o tutela para hacerlos efectivos, máxime cuando se trata de decidir asuntos en donde también se encuentran involucrados adultos, guarda y custodia, alimentos, patria potestad, régimen de convivencias, pero que tal si el niño quisiera decidir sobre su libertad sexual, transfusiones de sangre, donación de órganos, tratamientos médicos, libre desarrollo de la personalidad, no olvidemos que los derechos de los niños también están en continua evolución.

Del niño se habla mucho, pero a él casi no se le habla, el niño es sujeto de derechos, eso pareciera que todos lo saben y por lo tanto no se le da la importancia adecuada, y es que como la Convención no marca las características bajo las cuales debe ser respetado y llevado a la práctica éste derecho, su efectividad queda subordinada a la decisión institucional, así cada país que ratificó la Convención tiene distintas formas de materializarlo, siendo su análisis los que nos atañe este capítulo.

Realizaremos un estudio por los países que han dado un giro a la forma de llevar a cabo la escucha de los niños, es por ello que nos centraremos en estudiar a México por ser nuestro país de origen y en donde es evidente la falta de protección e implementación de herramientas que faciliten la escucha de los niños en los Tribunales de Familia, analizaremos Argentina puesto que en éste país por primera vez, y dada la transgresión constante del derecho del niño a ser escuchado, se

piensa en implementar Cámaras Gesell en los Tribunales de Familia, con el único fin de respetar el derecho del niño a ser escuchado, no obstante, no existen normas especiales que regulen su implementación y la previa capacitación de quienes realizan la escucha.

Asimismo, se estudiará Chile ya que, siguiendo los pasos de Argentina, se inicia un proyecto piloto en el año 2011 con la primer Sala Gesell en un Tribunal de Familia, mismo que se materializa hasta el año 2014 con el Acta N° 237, para la instalación de las Salas Gesell en todos los Tribunales de Familia chilenos, razón por la cual la estancia de investigación se realizó en Santiago para acercarnos a la realidad de la eficacia o ineficacia de la instalación de éste tipo de salas y de la eficacia de las herramientas y condiciones, que cumplan con la protección del derecho de todo niño a ser escuchado.

### 3.1.1 Derecho de los niños en Chile

La Constitución Política de la República de Chile establece en artículo 19.1 que ésta Constitución asegura a todas las personas el derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de la persona.

Analizaremos también la Ley N° 19.968 creada en el año 2004 que crea los Tribunales de Familia integrados por profesionales especializados en asuntos de familia e infancia.

Es importante comentar que para efectos de esta Ley se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años de edad.

En su artículo 16 en su apartado “Del procedimiento” hace mención al interés superior del niño, niña o adolescente y derecho a ser oído, alude que esta ley tiene por objeto garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

Enfatiza que, para los efectos de esta Ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

Ya en su artículo 69 se refiere a la comparecencia del niño, niña o adolescente, se dice que:

Artículo 69.- Comparecencia del niño, niña o adolescente. En este procedimiento, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas o adolescentes, considerando su edad y madurez.

Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

El artículo 72 se refiere a la audiencia preparatoria y el 73 se refiere a la audiencia de juicio.

En esencia, la protección de los derechos de los niños la encontramos en parte también, en el Código Civil, de su lectura se colige que no se ha separado de los temas propiamente de Familia, es decir, no se tiene un Código Familiar, por lo que nos abocamos a analizar el Código Civil.

El artículo 222 del Código Civil aduce que el interés superior es la mayor realización espiritual y material posible, y lo guiará en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades.

El artículo 242 del Código Civil de Chile dice en su párrafo segundo que el juez para adoptar sus resoluciones debe atender como consideración primordial al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.<sup>247</sup>

---

<sup>247</sup> Lepín Molina, Cristián, *Compendio de Normas sobre Infancia y Adolescencia*, Chile, Thomson Reuters, 2015, p. 112.

A pesar de estar consagrados algunos derechos de los niños en la Ley y Código antes mencionados Chile protege los derechos de los menores en un cumulo de Leyes creadas con temas específicos: Adopción de menores (19.620), Abandono de familia y pago de pensiones alimenticias (14.908), Menores (16.618), Violencia Intrafamiliar (20.066), Tribunales de Familia (19.968), Violencia Escolar (20.536), Servicio Nacional de Menores (2.465) y Sistema de atención a la niñez y adolescencia a través de la red de colaboradores del SENAME (20.032).

Haré referencia que la Ley de Menores N° 16.618, esta Ley específicamente trata de asuntos de menores con necesidad de asistencia o protección, centros de corrupción de menores, o bien en situación de peligro grave, directo e inminente para su vida o integridad física, relacionados con la actuación policial, razón por la cual para el caso concreto analizaremos la Ley de Tribunales de Familia 19.968.

### 3.1.2 Chile desde su ratificación de la Convención Sobre los Derechos de los Niños

La Constitución Política de la República de Chile en su artículo 5° referente a la soberanía reconoce que es deber de los órganos del Estado respetar y promover los derechos garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, entre ellos la Convención sobre Derechos del Niño.

Chile firmó y suscribió la Convención junto a otros 57 países el 26 de enero de 1990, el 10 de julio de ese mismo año fue aprobada por unanimidad por ambas ramas del Congreso y ratificada ante las Naciones Unidas el 13 de agosto del mismo año.

Es así que el día 14 de agosto de 1990 fue promulgada como Ley de la República mediante Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, el cual fue publicado en el Diario Oficial del 27 de septiembre del año 1990, fecha en la que la Convención entró en vigencia.

A partir de esa fecha, el Estado chileno se comprometió a llevar a cabo diversas acciones tendientes a elevar la calidad de vida de niños, niñas y adolescentes, teniendo como marco los derechos consignados en la Convención.

Generando que se adoptaran medidas para dar cumplimiento a los objetivos de dicha Convención, es por ello que se crea la Ley 19.968 del año 2004 en ésta se encuentra en su Título III de los Principios del procedimiento, además de la creación de los Tribunales de Familia, la mención sobre el principio del interés superior del menor y su derecho a ser oídos en sus párrafo primero y segundo del artículo 16, principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

### 3.1.3 Análisis jurídico-práctico del modelo de Tribunales de Familia Chilenos

En Chile, a partir del año 2005 en el sistema procesal de familia se produce un cambio radical. Se transita desde un proceso escrito y enfocado sólo a los problemas de la niñez, a uno oral que abarca todas las materias de familia.

La Ley que crea los Tribunales de Familia publicada en el Diario Oficial de 30 de agosto de 2004, menciona en su artículo 1° que los juzgados de familia formarán parte del Poder Judicial. El sujeto de tutela de dichos Tribunales de Familia son la niñez y la familia.

Como fue señalado anteriormente, desde la ratificación a la Convención sobre los Derechos de los Niños, se motivó a Chile a que respondiera a ese derecho internacional, logrando con ello la formulación de un nuevo derecho de familia.

Al respecto, resultaba indispensable adecuar los órganos jurisdiccionales llamados a conocer de los conflictos que suscitan en el ámbito familiar, ya que existe



para el Estado una obligación positiva de crear una judicatura especializada para tratar los temas de la infancia.<sup>248</sup>

Lo anterior, deriva del artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, la obligación de todos los Estados parte.

Esta concepción moderna que ve en el niño, un sujeto de derechos tal como lo es el adulto, se conjuga con la dogmática de los derechos humanos, el niño en su calidad de persona es titular del derecho en igual trato y consideración de parte del Estado, así como del derecho a que no se le reprochen cualidades adscritas en su condición de tal.<sup>249</sup>

Para el cumplimiento de la protección integral, el 44 de la Convención sobre los Derechos de los Niños ha impuesto a sus Estados Parte, la obligación positiva de adecuar su derecho interno y sus políticas públicas a este instrumento internacional; por tanto, incumple a este mandato no sólo el que vulnera los derechos del niño, sino también el que emite emprender una readecuación de su derecho interno a la normativa internacional, tanto desde una perspectiva sustantiva como desde una perspectiva estrictamente formal o procesal.<sup>250</sup>

El derecho partícipe de los niños, ese derecho a ser escuchados, por largo tiempo no fue considerado por Chile, así como en muchos Estados Parte, y mucho menos desarrollado en su ordenamiento jurídico interno, por cuanto a las normas procesales en general no contemplaban una instancia real y efectiva de participación del niño en este de procedimientos, sino que fue hasta la entrada en vigor de la Ley 19.968.<sup>251</sup>

El procedimiento cuenta con principios rectores que deben ser aplicados, se dice que el procedimiento será oral, concentrado y desformalizado, en la práctica

---

<sup>248</sup> Baeza Concha, Gloria, Pérez Cabrera, Jaime, *Los nuevos tribunales de familia. Procedimiento Ordinario*, 2ª ed., Chile, Legal Publishing, 2008, p. 2.

<sup>249</sup> *Ídem*.

<sup>250</sup> *Ibidem*, p. 3.

<sup>251</sup> *Ibidem*, p. 55.

estos deben ser utilizados como características del procedimiento y como principios rectores se deben tener la intermediación, actuación de oficio y búsqueda de soluciones colaborativas entre partes.

Lo postulado por la Convención sobre los Derechos del Niño respecto a la escucha del niño, se encuentra como ya se ha mencionado en los artículos 16 y 69 de la Ley 19.968, que medularmente aducen que el juez en el procedimiento deberá tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, considerando su edad y madurez, o bien puede ser citado en el proceso de mediación familiar cuando su presencia fuere indispensable para el desarrollo del mismo en los casos de guarda, regulación directa y regular, cuidado personal y alimentos, esta debe ser obligatoria, o ser citado a presentar declaraciones testimoniales en juicio.

A la par del juez, el consejo técnico del tribunal debe prestar el debido asesoramiento al juez acerca de la adecuada comparecencia y declaración del niño, niña y adolescente en un procedimiento judicial.

### 3.4 Marco Normativo nacional del derecho del niño a ser escuchado

Como ya se ha mencionada la Ley 19.968 de Tribunales de Familia (2005) consagra en su artículo 69, el derecho de niños, niñas y adolescentes a emitir opinión.

Para este efecto señala que podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.

El artículo 72 estipula que, una vez iniciado el procedimiento, el juez fijará una audiencia dentro de los cinco días siguientes, a la que citará al niño, niña o adolescente, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto.

Se dice que, durante la audiencia, el juez informará los niños, niñas o adolescentes en un lenguaje que les resulte comprensible acerca del motivo de su comparecencia, sus inquietudes que les surjan.

Se menciona que el juez indagará sobre la situación que ha motivado el inicio del proceso, la forma en que afecta al niño, niña o adolescente y sobre la identidad de las personas que se encuentren involucradas en la afectación de sus derechos.

Asimismo, el artículo 79 dispone:

Derecho de audiencia con el juez. Los niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales se encuentre vigente una medida de protección judicial, tendrán derecho a que el juez los reciba personalmente, cuando lo soliciten por sí mismos o a través de las personas señaladas en el artículo siguiente.

Por su parte la Ley 19.620 sobre Adopción (1999), señala en su artículo 3º lo siguiente:

Durante los procedimientos a que se refiere esta ley, el juez tendrá debidamente en cuenta las opiniones del menor, en función de su edad y madurez. Si fuese menor adulto, será necesario su consentimiento, que manifestará expresamente ante el juez durante el respectivo procedimiento previo a la adopción, en relación con la posibilidad de ser adoptado, y en el curso del procedimiento de adopción, respecto de la solicitud presentada por el o los interesados. En caso de negativa, el juez dejará constancia de las razones que invoque el menor. Excepcionalmente, por motivos sustentados en el interés superior de aquél, podrá resolver fundadamente que prosiga el respectivo procedimiento.

También la Ley 19.947, referente al Matrimonio Civil (2004), dentro de sus Disposiciones Generales señala en el artículo 85:

La tramitación de la separación judicial, de la nulidad de matrimonio y del divorcio se regirá por lo dispuesto en este Capítulo y en las demás leyes que resulten

aplicables, del modo que parezca más conforme con la paz y la concordia entre los miembros de la familia afectada. Cuando existieren menores de edad comprometidos, el juez deberá considerar especialmente el interés superior del niño, y oír a aquél que esté en condiciones de formarse un juicio propio, teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, al resolver todos los asuntos relacionados con su persona o sus bienes. El juez, en cualquier momento, podrá adoptar de oficio las medidas que crea convenientes para el cumplimiento de lo anterior, así como para solucionar de la mejor manera posible las rupturas o conflictos matrimoniales.

Finalmente, la Ley N°17.344 (2007) que autoriza Cambio de Nombres y Apellidos, señala en su artículo 1 inciso final:

Si se tratare de un menor de edad que careciere de representante legal o, si teniéndolo éste estuviere impedido por cualquier causa o se negare a autorizar al menor para solicitar el cambio o supresión de los nombres o apellidos a que se refiere esta ley, el juez resolverá, con audiencia del menor, a petición de cualquier consanguíneo de éste o del defensor de menores y aun de oficio.

#### 3.1.4 Derecho de Relación Directa y Regulada

Al indagar sobre la aplicación y efectividad del derecho de los niños a ser escuchados en la judicatura de familia chilena, se destacan como materias objeto de estudio casos como el cuidado personal, relación directa y regular, violencia intrafamiliar y vulneración de derechos.

En aquellos casos en los cuales los protagonistas, o las partes procesales son los adultos, como, por ejemplo, cuidado personal, relación directa y regular y en la gran mayoría de los casos de violencia intrafamiliar, la participación de los niños es muy reducida. No es posible visibilizar su voz e incluso en algunos casos no se encuentran datos de los niños sólo se los reconoce como los menores o los hijos.

Al realizar la estancia académica se dio la oportunidad de observar audiencias en tribunales de familia con la Juez Paulina García, y platicar con algunos otros Jueces como el Juez Carreto de Valparaíso los cuales comentaban que los criterios utilizados por los jueces para determinar en qué casos oír (o no) a un niño en el marco de un proceso judicial se basan primero en la materia sobre la cual versa la causa, la edad de los niños y la forma de término del caso.

Pudimos constatar, sin embargo, que no existen criterios uniformes entre los jueces ni protocolos estandarizados que establezcan dichos criterios, todo indica que éstos son apreciados por los jueces de familia en forma personal caso a caso.

En el caso de la regulación directa y regulada, ésta se deriva de la Convención sobre los derechos del niño específicamente del artículo 9.3 que dice:

La regulación directa y regulada supone una convivencia estable y periódica entre los hijos y la madre o padre no custodio, aquel que no tiene el cuidado de su hijo.

La regulación directa y regulada de acuerdo con Gómez de la Torre, se dice que a partir de la reforma del 2013 de la Ley N° 20.680 los principios que informan la ley son entre otros el interés superior del niño y el derecho del niño a ser escuchado, señalando que tanto en la atribución judicial del cuidado personal como en la relación directa y regular debe considerarse el interés superior de los hijos, asimismo asume que la ley concretiza el derechos del niño a ser escuchado.<sup>252</sup>

Y menciona que estamos frente a un sujeto de derecho que, en consonancia con la evolución de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercer sus derechos y de manifestar sus deseos y sentimientos frente a una situación concreta.<sup>253</sup>

---

<sup>252</sup> Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *“La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680”*, Revista de Derecho de Familia, Volumen I, 2014, pp. 40-42.

<sup>253</sup> *Ídem.*

En caso de no existir acuerdo entre los padres, es el juez de familia quien debe establecer el régimen de relación directa y regular velando por el interés superior de los hijos, su derecho a ser oído.<sup>254</sup>

Este es uno de los casos más usuales en el que es evidente que quien tiene mayor interés en el juicio es el niño debido a que se está velando su interés superior de convivir con sus padres, por lo que es fundamental que sea escuchado.

La propia legislación vigente, en el artículo 225 del Código Civil, señala que atribuido el cuidado personal del hijo a uno de los padres, el juez de oficio o a petición de parte, deberá establecer en la misma resolución, la frecuencia y libertad con que el otro padre que no tiene el cuidado personal mantendrá una relación directa y personal con los hijos, considerando su interés superior, siempre que se cumplan los criterios que el mismo cuerpo legal establece en su artículo 229, y teniendo presente todo antecedente relevante y las circunstancias que la misma norma señala.

La determinación de la titularidad del ejercicio de la patria potestad debe estudiarse con el principio del interés superior del hijo, así como la igualdad jurídica de los hijos.

En estos casos la participación de los niños también depende de la forma en que el caso termina, especialmente de la capacidad de los adultos de llegar a acuerdos. Si éstos se alcanzan, los niños tienden a estar ausentes del proceso. Si los conflictos son más profundos y el acuerdo no es factible, su participación tiene más posibilidades de materializarse. Esta tendencia se advierte con más fuerza en los casos de relación directa y regular.

---

<sup>254</sup> Lepín Molina, Cristián, Evolución de las normas sobre responsabilidad parental en el Código Civil Chileno, en Grosman, Cecilia, Kemelmajer, Aída, *et. alt.*, *Derecho de Familia*, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 72, noviembre 2015, Argentina, Abeledo Perrot, p. 28.

Y lo mismo sucede con los asuntos en general conocidos por los tribunales de familia, no sólo de Chile sino de otros países como México, es posible afirmar que si no se logra un acuerdo se toma la decisión de citar al niño para que sea escuchado en audiencia.

Por el contrario, si los adultos llegan a un acuerdo, el niño no es escuchado personalmente en audiencia alguna. Como es dable imaginar, este criterio no es aplicable en procesos de mediación familiar.

Comentaba con los mediadores y señalaban que pocas veces escuchan a los niños, pero consideran fundamental conocer su opinión y transmitirla luego a los padres o adultos, para que tomen una decisión que considere los intereses y necesidades de los niños involucrados.

En ese sentido, las partes involucradas en estos litigios son los adultos, por lo que los niños tienen una escasa participación, y la poca participación que existe es indirecta, ya que se traduce de lecturas, relatos o interpretaciones de la información reunida por psicólogos y asistentes sociales o bien de sus padres o abogados, señalando lo que el niño quiere o no quiere, lo que es mejor, lo que le haría bien o mal, o lo que ellos consideran que el niño preferiría.

En la primera audiencia que presencie ocurrió lo siguiente:

Se trataba de una causa de regulación directa y regulada en la cual la madre tenía el cuidado de la hija de 17 años, sin embargo, el padre argumentaba que la niña quería vivir con él y no con su madre, a lo cual la madre se negaba toda vez que la niña estaba próxima a cambiar de año escolar y consideraba que eso le podía resultar contraproducente.

Lo relevante de esta causa fue lo aducido por el abogado de la madre quien señalaba lo siguiente:

**Juez:** la niña tiene conocimiento de la realidad, por lo que su decisión pesa

**Abogado de la madre:** A mi magistrada me parece que, dado que la menor se encuentra próxima finalizar su grado escolar, y en marzo del próximo año cumple sus 18 años, evidentemente la contraparte quiere interrumpir un proceso que en esta fecha me parece totalmente contraproducente para efectos del bienestar de ella. Si es que la menor tuviese la intención clara y manifiesta y no tuviese dudas al respecto evidentemente la menor se va, pero eso no existe, entonces tratar como trata la contraparte de hacer como que la supuesta voluntad de la menor es completamente madura y clara, no es efectivo en cuanto que el bienestar de la menor por lo menos hasta que cumpla su mayoría de edad está resguardado en la casa de su madre, tratar de interrumpir en un momento así el desarrollo de ella me parece totalmente contraproducente

**Padre:** magistrada al respecto mi hija desde el año pasado ha manifestado el hecho de querer vivir conmigo definitivamente porque tiene muchos problemas de convivencia con su mamá, ella del colegio se pasa a casa del pololo o de una amiga y llega a dormir a la casa, no quiere ver a su mamá, yo le pregunto...(interrumpe la Juez)

**Juez:** Señores son capaces de respetar la voluntad de su hija si la manifiesta el día de hoy.

**Padre:** sí señora Magistrada

**Madre:** Siempre he respetado la voluntad y he abogado por ella por lo mejor, pero hay una cosa que yo tengo muy claro como orientadora como educadora, en este momento hay algunas cosas que están generando la voluntad de mi niña, y yo tengo que orientar, sugerir, aconsejar, sí mi niña hubiera tenido dificultades de convivencia serias conmigo como señala su padre se hubiera arrancado a casa de padre, hubiera pernotado fuera de la casa, pero no ha sucedido mi niña siempre ha estado conmigo.

**Juez:** haber estamos acá, no es antojadizo y no creo que lo sé, la pregunta es la siguiente, la niña está acá, estoy con una psicóloga, que perfectamente va a entender si la niña está expresando su voluntad. Doña María usted va a respetar la voluntad de su hija.

**Madre:** si señora



**Juez:** perfecto, pueden retirarse

**Abogado de la madre:** Magistrada yo quiero decir algo, lo que pasa es que respetuosamente su señoría este es un procedimiento ordinario, no estamos en un procedimiento de protección, entonces a mí me parece y se lo digo con el total respeto al Tribunal que traer una niña, porque la contraparte la trajo hoy en día. (Interrumpe la Juez)

**Juez:** espere ya que estamos hablando de procedimiento la niña es una adolescente.

**Abogado de la madre:** es adolescente, es menor de edad, escuchar a una adolescente que es menor de edad en un procedimiento ordinario, sin que previamente se haya citado, que la haya traído la contraparte, que la adolescente no este hoy en día en el colegio, me parece totalmente contrario al procedimiento y contrario al interés superior de esta persona que es menor de edad, eso yo lo debo hacer presente, yo no estoy de acuerdo.

**Juez:** abogado usted tiene derecho a hacer presente lo que quiera, usted tiene que entender que estamos en un proceso familiar y lo importante acá no es el asunto de doña María, es la adolescente, y quien tiene que ser escuchada acá es la adolescente tenemos intereses y los intereses más importantes para el Tribunal son los de la adolescente por lo tanto tenemos una Convención sobre los Derechos del Niño, y una garantía constitucional, Convención que fue ratificada por Chile, artículo 12 de la Convención, artículo 16 de la Ley N° 19.968, en donde el Estado de Chile se ha comprometido a respetar y agotar todos los medios siempre velando por el interés superior del menor que ingresa a este Tribunal, y en ese orden de ideas me parece sensato y de toda lógica, que la principal protagonista esta hoy acá, entonces téngase presente abogado, pero la madre acaba de señalar que está dispuesta a que escuchemos a la adolescente para poder escuchar su voluntad.

**Abogado:** yo su señoría le pido no proceder a una audiencia con la niña en este acto, como su señoría lo ha dicho acá el bienestar de la menor es el que debe primar, y yo me pregunto ¿es razonable escuchar a una menor que ha sido traída a un Tribunal sin previo aviso y sin previa citación?

**Juez:** ¿tengo que citarla cómo un testigo abogado? ¿Cómo tendríamos que citarla abogado?

**Abogado de la madre:** Se debe decretar mediante una prueba la audiencia confidencial, la cual es decretada en una audiencia preparatoria, y luego se cita a la menor para una audiencia de juicio, una audiencia confidencial con el juez para que ahí rinda su declaración.

**Juez:** Tenemos principios que nos rigen abogado, principio de oralidad, legalidad, oportunidad, intermediación, de economía procesal.

**Abogado de la madre:** sí señor juez y lo digo respetuosamente, por algo existe un procedimiento, y formas del procedimiento detalladas y puntual.

**Juez:** Haber, tu como psicóloga (se dirige a la Psicóloga que conoce la causa) ¿Qué sucede en éste escenario donde se le ésta privando a una niña a ser escucha, que encima ha venido a éste Tribunal y le vamos a decir que no va a ser escuchada hoy día porque el abogado de la parte demandada que en éste caso es su madre no quiere que se le escuche, puede causarle un daño psicológico?

**Psicóloga:** Señora Juez yo estuve con ella en la antesala de éste Tribunal, la niña se encuentra bien, no ha sido traída a la fuerza, por lo tanto, hay que oír su voluntad, y siempre el Tribunal ha oído a éstos incluso cuando son niños, obviamente juez lo que se ésta observando acá es tratar de avanzar un juicio imponiendo a la adolescente a pericias de ambas partes y eso obviamente le impide expresar su voluntad clara de querer ser oída.

**Juez:** No sólo eso, me parece que se está obstaculizando el derecho de una niña a ser oída en un Tribunal, no hay ningún fundamento jurídico ni de criterio que así lo señale, es más sí nosotros no escucháramos estaríamos completamente denegado un derecho que además es una garantía constitucional artículo 1, artículo 19, instrumentos ratificados por Chile internacionales.

**Abogado de la madre:** Lo que he dicho es claro, lo que ésta parte busca es respetar el procedimiento, y el procedimiento es que un menor declare en las condiciones debidas.

**Juez:** Abogado usted busca respetar un procedimiento y no el interés superior del niño o adolescente.

**Abogado de la madre:** *Precisamente el interés superior del niño se cautela mediante el respeto del procedimiento, ambas cosas son concordantes. En este procedimiento existen muchos más factores que una menor de 17 años no pondera en cuanto a su bienestar y tomar una decisión considerando sólo esto, lo que se ha hablado en ésta audiencia, tratar de tomar una decisión respecto a una persona que ésta cursando su grado escolar. Hay que ponderar otro factor que la decisión de la adolescente.*

**Juez:** *¿Que tiene que decir la adolescente en el proceso abogado? La madre señaló que iba a respetar la voluntad de la niña.*

**Psicóloga:** *Señor juez si el padre está de acuerdo y la madre también de escuchar a la niña, hay que escucharla que es lo más importante.*

**Juez:** *Abogado salvo sí usted quiere presentar un recurso de reposición, de rectificación, nosotros vamos a continuar, la decisión es escuchar a la adolescente, de acuerdo a la autonomía progresiva de la adolescente que se señaló además que en el evento que se vislumbre por la psicóloga que la voluntad de la adolescente no está siendo libre, está siendo forzada o manipulada, vamos a citar la audiencia de juicio, caso contrario vamos a señalar que es para el juicio del Tribunal el bienestar de la adolescente hoy en día. Pueden retirarse por favor.*

Acto seguido los padres y abogados salen de la sala de juicio, y entra la adolescente para ser escuchada, la Juez baja del estrado para estar en el mismo lugar y nivel que la adolescente, y le pregunta el lugar donde prefiere sentarse, es decir, da la pauta para que la adolescente se sienta cómoda y tome confianza, desarrollando con ello la fase inicial de la demanda, cabe aclarar que la audiencia está siendo videograbada toda vez que recordemos estamos en un juicio oral, por lo que los audios quedan como evidencia de lo ocurrido durante la audiencia.

Esta causa en lo particular resultó interesante para el desarrollo de la presente investigación pues evidenciamos el escaso conocimiento que los abogados tienen en primer lugar de las normas internacionales, asimismo observamos como la interpretación de los derechos de la niña (en la causa utilizado

el término adolescente por tratarse de una niña de 17 años de edad) se realizan a conveniencia de los intereses de una de las partes, sin importar en cualquier momento los intereses de la niña.

No obstante, pudimos observar que, pese a las consideraciones de la Juez respecto a garantizar de conformidad a su Constitución, a la Ley N° 19.968 y a la Convención sobre los Derechos del Niño el derecho de todos los niños a ser escuchados, el abogado reiteraba el cumplimiento de un procedimiento, que una vez concluida la audiencia nos dimos a la tarea de analizar si dentro de la ley antes mencionada existe tal obligatoriedad del Juez de citar a la niña como si se tratase de un desahogo de prueba confesional para que ésta rindiera su declaración, procedimiento que no existe, en tal virtud de que el abogado de la demandada lo que pretendía era dilatar el procedimiento a efecto de que la adolescente no fuese escuchada pues lo anterior podría contravenir a los intereses de su representada.

Lo cual se pudo advertir, pues una vez escuchada la adolescente, se determinó que su bienestar tanto físico, emocional y económico lo tenía efectivamente con su padre y no con su madre. Así casos como el anterior en los asuntos de relación directa y regulada muchos niños no son escuchados por existir obstáculos que los propios abogados y partes en la controversia familiar generan, lo anterior supuestamente con el afán de respetar el principio del interés superior del niño.

### 3.1.5 Salas Gesell

La implementación y uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes en Tribunales con competencia en materia de Familia se derivó del Acta N° 237-2014 del treinta de diciembre de dos mil catorce emitida por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Chile.

El objetivo de dicha acta fue procurar la mejor atención jurisdiccional de niños, niñas y adolescentes con el fin de propender al respeto de su interés superior, para proteger su derecho a la intimidad, establecer condiciones factibles para el

ejercicio de su derecho a ser oído y resguardar su dignidad y el respeto de sus derechos dentro del procedimiento judicial.

De su lectura se aduce que en el 2010 el Poder Judicial ya había instalado un proyecto piloto en el Juzgado de Familia de Melipilla, destinado a la instalación de una sala especial de entrevista de niños, niñas y adolescentes, como medida de establecimiento de procedimientos idóneos para su tratamiento.

Y fue en el 2012 que el Consejo Superior de la Corporación Administrativa del Poder Judicial aprobó la ampliación del proyecto otras jurisdicciones con la implementación de un Manual de Abordaje para la metodología y uso de una Sala Gesell, así como la realización de la capacitación en distintos Juzgados de Familia del país.

Hasta la fecha son 22 Juzgados de Familia que ya cuentan con una sala de entrevista habilitadas para niños, niñas y adolescentes, con jueces y consejeros técnico capacitados.

La Corporación Administrativa del Poder Judicial, realiza un estudio detallado en los tribunales con competencia de familia para la implementación de una Sala Gesell, esta sala se compone de dos subdivisiones o espacios denominados sala de observación y sala de entrevista, éstas se encuentran conectadas a un espejo unidireccional que permite que sólo las personas que se encuentran al interior de la sala de observación vean lo que ocurre en la sala de entrevista, viéndose desde la sala de entrevista nada más el espejo.

La sala de entrevista debe estar acondicionada de modo acogedor y adecuado a la persona del declarante, por su parte la sala de observación debe contar con un equipamiento de videograbación para el registro de la entrevista, y el contacto entre ambas salas se mantiene a través de un intercomunicador.

El acuerdo establece que será el juez de la causa quien determine la pertinencia del uso de un espacio adecuado para el ejercicio del derecho a ser oído

de niños, niñas y adolescentes y que el juez debe percibir directamente por sus sentidos lo que ocurra en la sala Gesell.

Pero sin duda lo relevante del acuerdo son los aspectos técnicos del desarrollo de la entrevista en él establecidos, los cuales consisten en cuatro fases que citaré a continuación:

I. Fase previa: Corresponde a la coordinación entre entrevistador y observantes, en la que se establecen los objetivos de la misma.

II. Fase inicial: Corresponde a la etapa en que el niño, niña o adolescente conoce a su entrevistador, el contexto y motivo de la entrevista, y comienza el desarrollo de una relación idónea para el intercambio comunicativo. En esta se deberá realizar un encuadre adecuado y se deberá favorecer el establecimiento de rapport<sup>255</sup>.

III. Fase de desarrollo: Corresponde a la etapa en que el niño, niña y adolescente relata su situación personal y familiar. En esta fase el entrevistado podrá aclarar dudas o inquietudes y podrá reconocer que lo que ha sido comprendido por su entrevistador y observantes.

IV. Fase de cierre: Corresponde a la última fase de la entrevista, momento en que la relación entre entrevistador y el niño, niña y adolescente finaliza.”<sup>256</sup>

En la práctica la escucha del niño evidentemente sigue siendo a consideración de los jueces, y las personas encargadas de realizar la escucha son consejeros técnicos y psicólogos, mismos que fueron previamente capacitados, sin embargo, al momento de realizar la escucha dependerá de la persona encargada que ésta sea efectiva ya que será en ese momento donde pondrá en práctica las fases establecidas en el Acta.

---

<sup>255</sup> Proceso que busca establecer una relación comunicacional fluida y efectiva. Dicha relación se logra a partir del acompañamiento, proceso de acercamiento en que se logra una sintonía entre el entrevistado-entrevistador.

<sup>256</sup> Acta N° 237-2014 del treinta de diciembre de dos mil catorce emitida por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Chile.

Esto quiere decir que no importa la profesión que se tenga puede ser psicólogo, terapeuta, trabajador social o consejero técnico, incluso el juez, siempre y cuando apliquen debidamente y derivado de la capacitación realizada las fases antes descritas, lo anterior, debido a que la comunicación que debe generar entre el niño y el facilitador de la palabra tiene que generar la escucha activa.

Aunado a ello se señalaron ciertas características con las que debe contar la sala de entrevista, tales como el color y la decoración, se dice que éstas deben contar con un ambiente claro y sencillo, con los medios tecnológicos adecuados para evitar el quiebre del diálogo.

Cabe aclarar que las Salas Gesell se implementaron, no obstante, de que un Ministro de los 13 que formaban el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Chile estuvo en desacuerdo de la implementación de las mismas al considerar éstas una limitante para que un niño pueda ser entrevistado por el juzgador, al respecto argumentaba que los resguardos, garantías y protección de los derechos de los niños a ser oídos, se satisfacían plenamente ya que se les otorgaba a los jueces la posibilidad de utilizar un espacio o sala que significare un ambiente amigable y adecuado.

### 3.1.6 Proyecto de ley que modifica la ley 19.968 en lo relativo al derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos boletín 5665-18 Congreso Nacional

En el Mensaje Presidencial de la Ley N° 19.968,<sup>257</sup> se habla expresamente de los objetivos generales y específicos de la ley. Se mencionarán para luego evaluar si fue considerado entre ellos el respeto de los derechos de niños, niñas y adolescente dentro de estos procedimientos, además, se analizarán en forma más detalla el cumplimiento de los Objetivos Generales de la ley, como una forma de comprender el avance que esta ley ha implicado.

---

<sup>257</sup> Mensaje Presidencial Ley 19.968 Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. p. 6-9.

#### Objetivos Generales:

1. Que exista una jurisdicción especializada en asuntos de familia.
2. Que se proporcione a las partes instancias adecuadas para llegar a soluciones cooperativas (...) apuntando de esta manera a soluciones pacificadoras que favorezcan la armonía del grupo familiar.
3. Que esa jurisdicción tenga un carácter interdisciplinario.
4. Que atendida la naturaleza del conflicto familiar, el juez tenga un conocimiento directo e inmediato de los asuntos.
5. Incorporación en esta judicatura de elementos de modernización comunes al resto de la administración de justicia con el objetivo de que el ejercicio de la jurisdicción sea lo más eficaz y eficiente posible.

Como se puede ver, la reforma pretendía una nueva jurisdicción que conociera de las materias de familia de una manera más acorde a los nuevos derechos que en la época se consagran a sus miembros, por ejemplo, por medio de la Ley de Matrimonio Civil de 2004, y en especial a los niños, niñas y adolescentes, que se consagraba ya desde la ratificación de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño por nuestro país.

En este sentido, la Ley que crea los Tribunales de Familia, reconoce el derecho de éstos a ser oídos, a que su interés superior sea consideración primordial por el juez al momento de resolver (artículo 16 Ley 19.968), privacidad en el procedimiento en caso de que existe peligro grave de afectación del derecho a la privacidad de las partes, pero en especial, de niños, niñas y adolescentes (artículo 15 Ley 19.968), además el reconocimiento, también el artículo 16, de que esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías, objetivo que si bien no se consagra de esta forma dentro de los que el ejecutivo tenía en vista en el Mensaje al proyecto de ley, es relevante que esté consagrado en la misma ley.



En el mismo orden de ideas, la ley contempla un procedimiento especial para conocer de la vulneración de los derechos de niñas, niñas y adolescentes, en el Título IV, párrafo Primero. Así como un procedimiento especial, en el Párrafo Cuarto del mismo título, para el caso en que un adolescente cometa una falta contenida en la legislación vigente “Procedimiento Contravencional ante los Tribunales de Familia”.

Por lo tanto, la Ley N° 19.968 consagra, de manera general, aplicable a todos los procedimientos que deben ser tramitados ante dicha jurisdicción, la calidad de sujeto de derechos a los niños. Esto, es un avance importante para Chile en la materia, un gran paso para el efectivo cumplimiento de sus exigencias internacionales. Sin embargo, esta regulación, tan amplia, puede verse opacada por falta de regulación de ellas en el marco del procedimiento. Lo que hace que cada juez lo considere de una manera distinta, conforme a sus criterios.

Menciona Greeven Bobadilla que el artículo 16 antes citado, no advierte como puede garantizarse el principio del interés superior y mucho menos el derecho del niño a ser escuchado, por lo que no se asegura en dicha normativa el artículo 12 (es decir el derecho a ser escuchado), de la Convención sobre los Derechos del Niño, ni su autonomía progresiva.<sup>258</sup>

### 3.2 Derecho de los niños en Argentina

La Constitución de la Nación de Argentina vigente de 1994 en su artículo 31 establece que tanto la Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación. Con ello, las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante, cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales.

---

<sup>258</sup> Greeven Bobadilla, Nel, “El cuidado personal de los niños en caso de muerte de ambos padres”, en: Lepin Molina, Cristián, Vargas Aravena, David (coord.), *Revista de Derecho de Familia*, Volumen II, N° 10, Chile, 2016, p. 79.

Por su parte, el artículo 75 de las atribuciones del Congreso alude en su numeral 22 lo siguiente:

[...]Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes. La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. [...]

Es preciso mencionar que anterior a la última reforma a la Constitución, el primer instrumento legislativo en materia de derechos de los niños fue la Ley 10.903 del año 1919, denominada “Patronato de Menores”, siendo de las primeras leyes incluso en América Latina que destaca la intervención del Estado en la protección de los niños; constaba tan sólo de 21 artículos y consistía en una ley dedicada a los niños abandonados o delincuentes.

Setenta años después, con la Ley 23.849 del 27 de setiembre de 1990, que aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, surge el nuevo paradigma de la infancia, la “protección integral”.

### 3.2.1 Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño

El 27 de septiembre de 1990 el Congreso Nacional sanciona la Ley N° 23.849, promulgada el 16 de octubre del mismo año, con la Ley 23.849 de 1990, Argentina aprueba la Convención sobre los Derechos del Niño en el año 1991, sin embargo, ratificándola el 5 de diciembre de 1990.

La Ley antes mencionada, fue relevante ya que el Congreso Nacional declaró respecto del art. 1 de la CDN que debe interpretarse que niño es todo ser humano desde el momento de la concepción y hasta los dieciocho años de edad.<sup>259</sup>

Sin embargo, la consolidación jurídica en su sistema normativo fue hasta la reforma a la Constitución Nacional en el año de 1994.

Como vimos, la incorporación de la Convención al bloque de constitucionalidad argentino, conforme a lo dispuesto en el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, ubica la protección de los niños en el vértice de la pirámide jurídica argentina, como consecuencia de lo cual toda acción u omisión que importe una violación a los derechos de la infancia se torna inconstitucional.<sup>260</sup>

En ese sentido, el ordenamiento jurídico de Argentina tal como lo indicaba su constitución debía adecuarse a lo establecido por los instrumentos internacionales, por lo que se reforma en noviembre del 2005 la condición jurídica de los niños con la aprobación de la Ley 26.061 denominada Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Una Ley conformada de 78 artículos entre los que se destacan el artículo 1° que medularmente sostiene que el objetivo de esta Ley es la protección integral de

---

<sup>259</sup> Bellof, Mary, Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 10, Colombia, UNICEF, 2008, p. 44. p. 16

<sup>260</sup> Rey Caro, Ernesto J., Lloveras, Nora, Efectividad de los derechos del niño en la provincia de Córdoba. Desempeño de los operadores jurídicos y sociales, en Lloveras, Nora, Bozano, María de los Ángeles, *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, 1ª ed., Córdoba Argentina, Alveroni, 2010, pp. 235-236.

los derechos de los niños que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte.

Asimismo, aduce que los derechos reconocidos en la Ley y los instrumentos internacionales están asegurados por su máxima exigibilidad y sustentados en el principio del interés superior del niño; definiendo éste principio como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley.

### 3.2.2 Ley Nacional N° 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes (2005)

Después de quince años de ratificada la Convención sobre los Derechos del Niño se sancionó en la Argentina una norma enmarcada en el estilo de las nuevas leyes latinoamericanas y provinciales (aunque mucho menos extensa), sin considerar aspectos básicos que el dictado en la Argentina de una ley de este tipo, para que tuviera real relevancia normativa, exigía.<sup>261</sup>

La Ley Nacional N° 26.061 del 2005 referente a la Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, expuso la incompatibilidad con el viejo Código Civil, al reconocer principios y derechos que anteriormente no se encontraban tácitamente en la misma, tal como la autonomía progresiva, el derecho de los niños a ser oído, a ser tenido en cuenta y a participar de las decisiones que los involucran.

El objeto principal de ésta Ley consiste en promover acciones positivas que tiendan al aseguramiento del goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y los tratados internacionales.

---

<sup>261</sup> Bellof, Mary, Quince años de vigencia de la Convención... *op. cit.*, p. 18.

Contiene políticas públicas dirigidas a los niños y sus familias, constituyendo un instrumento legal que convierte en operativas las disposiciones contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, mediante el establecimiento de procedimientos explícitos que las entidades de atención y protección públicas y privadas y los ámbitos judiciales deben respetar.

Por otra parte, en Argentina se crean Decretos que sirven para reglamentar artículos en específico, por ejemplo, en el Decreto 415 del año 2006, en su artículo 39 sostiene que se entenderá que el interés superior del niño exige su separación o no permanencia en el medio familiar cuando medien circunstancias graves que amenacen o causen perjuicio a la salud física o mental de la niña, niño o adolescente.

Por su parte el Decreto 416 del 2006, contiene los objetivos del Ministerio de Desarrollo Social Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, tales como coordinar acciones consensuadas con los Poderes del Estado, organismos gubernamentales y organizaciones no gubernamentales, fomentando la participación activa de las niñas, niños y adolescentes. Éstos Decretos son de carácter vinculante.

Tal como lo estipula la Convención sobre los Derechos del Niño, Argentina reconoce en dicha Ley que la aplicación de este instrumento internacional es obligatoria en todo acto, decisión o medida administrativa, judicial o de cualquier naturaleza que se adopte respecto de las personas hasta los dieciocho años de edad, pero, además sostiene que los niños son sujetos de derechos y tanto éstos como sus garantías, son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Esta Ley argumenta en su artículo 2° qué al ratificar la convención, deberán formularse algunas declaraciones, entre ellas que:

Las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.

Los derechos y las garantías de los sujetos de esta ley son de orden público, irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles.

Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.<sup>262</sup>

Situaciones similares exponen, entre otras, la Ley Nacional Nº 26529/09 de Derechos del Paciente, la Ley Nacional Nº 26618/10 de Matrimonio Igualitario y la Ley Nacional Nº 26743/12 de Identidad de Género.

En este conjunto de normas, la participación de los niños aparece bajo diferentes formas tales como el derecho a ser oído, a expresar su opinión y a que sea tenida en cuenta, a tener sus propias ideas, a jugar y tener actividades culturales y artísticas, a recibir y difundir informaciones, a tener libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, a tener libertad de asociación y de reunión, a recurrir cualquier decisión que los afecte, a ser un ciudadano activo y formarse para la convivencia democrática.

Es importante destacar lo señalado en la Ley 26.061 en su artículo 2º *las niñas, niños o adolescentes tienen derecho a ser oídos y atendidos cualquiera sea la forma en que se manifiesten, en todos los ámbitos.*

El artículo 6º de la Ley establece que los niños tienen derecho a la dignidad como sujetos de derechos y de personas en desarrollo, dicha dignidad en relación con el principio rector de la participación faculta al sujeto de derecho a opinar en los asuntos que los afecten.

Así lo establece más adelante su artículo 24, referente a su derecho a opinar y a ser oído.

---

<sup>262</sup> Ley Nº 23849 del 27 de setiembre de 1990.

Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo. Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Aunado a lo establecido en su artículo 3° referente al interés superior, ya que sostiene que se debe respetar:<sup>263</sup>

- a) Su condición de sujeto de derecho;
- b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta;
- c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural;
- d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales;
- e) El equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común;
- f) Su centro de vida. Se entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia.

Es relevante ya que, como lo hemos mencionando en el capítulo primero, este principio de interés superior y este derecho de ser escuchado, rigen, tal y como lo señala esta ley en materia de patria potestad, filiación, restitución del niño, la niña o el adolescente, adopción, emancipación y toda circunstancia vinculada a las anteriores cualquiera sea el ámbito donde deba desempeñarse, así como, cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros.

---

<sup>263</sup> Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Máxime que dentro del catálogo de derechos y garantías que contiene la Ley en comento, se encuentra el artículo 27 que establece:

Garantías mínimas de procedimiento. Garantías en los procedimientos judiciales o administrativos. Los organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;
- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

En ese sentido el artículo 66 establece que las organizaciones no gubernamentales deben cumplir con los derechos y garantías reconocidos en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, Tratados Internacionales sobre los de Derechos Humanos en los que la República Argentina sea parte, garantizando el derecho de los niños a ser escuchados y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les conciernan como sujetos de derechos.



### 3.2.3 Código Civil y Comercial en Argentina

En el año 2011 se generó un anteproyecto para unificar el Código Civil y Comercial en Argentina, mismo que fue publicado en el Decreto 191/2011, dentro de los fundamentos del proyecto se colige que su creación fue producto de la sociedad multicultural actual, por lo que se incorporaron al nuevo Código normas relativas al régimen legal de los menores de edad como consecuencia de los tratados internacionales.

Aprobado por Ley Nacional N° 26.994 del año 2014, promulgada por Decreto 1795 el 7 de octubre de 2014, entrando en vigencia el 1º de agosto de 2015.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina presenta los nuevos paradigmas y sus principios, como otros cambios expresados tanto en nuevas leyes, prácticas y debates. Un resultado de ello son los grandes cambios respecto a la idea de niñez, como a la de su participación en el ejercicio de derechos. También adopta la terminología de derechos humanos, incorporando conceptos como: responsabilidad parental, unión convivencial, adolescente, niño o persona menor de edad.

Asimismo, contiene los principios rectores de la Convención como son la capacidad, en el caso de los niños, su capacidad/incapacidad en el ejercicio de derechos siempre es en función de su edad y madurez suficiente. Es decir, el Código plantea que si bien los niños ejercen sus derechos a través de sus representantes legales llámese padres o tutores, los mismos pueden ejercer por sí los actos que les son permitidos –sujetos de derechos- si tienen la edad y madurez suficiente.

Comenta Aida Kemelmajer que el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina:

...sigue de cerca la transformación de las familias en la sociedad contemporánea argentina y el proceso de democratización vivenciado en su interior; esta evolución ha impulsado una redefinición de las relaciones de autoridad y potenciado la participación cada vez más respetuosa e igualitaria de todos sus integrantes. Asociado a la constitucionalización del derecho privado, incorpora los paradigmas que moldean la consideración contemporánea de los niños y adolescentes expresada en instrumentos internacionales.<sup>264</sup>

Por otra parte, se colige el derecho de los niños a su participación en todas las cuestiones que lo afecten, su derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, y esto está vinculado con la representación de los niños, ya que a mayor autonomía menor será la representación a la que se refiere el Código, lo interesante es que establece que para respetar la autonomía de los niños la representación debe ser gradual y flexible, atendiendo en todo momento los deseos de los niños que representan, prevaleciendo sus derechos y su interés superior.

No obstante, el Código reitera que la familia es responsable en forma prioritaria de asegurar el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías.

El artículo 23 referente a la capacidad de ejercicio, sostiene que toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en el Código y en una sentencia judicial.

Al respecto el artículo 24 aduce que son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la sección 2ª de este capítulo; y c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esta disposición.

---

<sup>264</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída Molina de Juan, Mariel F., *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*, 2015, consultado en: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

En su sección 2ª de las Personas menores de edad, en su artículo 25 se dice que menor de edad es la persona que no ha cumplido dieciocho años, posteriormente en su artículo 26 sostiene que la persona menor de edad ejercerá sus derechos a través de sus representantes, no obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento jurídico.

En ese mismo artículo se dice que la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

En la parte *in fine* del artículo en mención se menciona que a partir de los dieciséis años el adolescente (persona que es menor de edad y ha cumplido 13 años) es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Cabe destacar que la ley en comento establece que la misma se aplicará por igual a todas las niñas, niños y adolescentes, sin discriminación alguna fundada en motivos raciales, de sexo, color, edad, idioma, religión, creencias, opinión política, cultura, posición económica, origen social o étnico, capacidades especiales, salud, apariencia física o impedimento físico, de salud, el nacimiento o cualquier otra condición del niño o de sus padres o de sus representantes legales.

Y que los organismos del Estado deberán adoptar todas las medidas administrativas, legislativas, judiciales y de otra índole, para garantizar el efectivo cumplimiento de los derechos y garantías reconocidos en esta ley.

En la parte referente a la adopción encontramos el derecho del niño a ser escuchado, en su artículo 595, sostiene que la adopción se rige por los siguientes principios, entre ellos el interés superior del niño, el respeto por el derecho a la identidad, así como el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en

cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

El artículo 113, referente a la tutela sostiene que:

...para el discernimiento de la tutela y para cualquier otra decisión relativa a la persona menor de edad, el juez debe oír previamente al niño, niña o adolescente, tener en cuenta sus manifestaciones en función de su edad y madurez y decidir atendiendo primordialmente a su interés superior.

Por cuanto a la responsabilidad parental, señala que entre los principios generales por los que se rige la responsabilidad parental en su artículo 639 se encuentra el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Al regularse sobre la figura de la delegación del ejercicio de la responsabilidad parental, se estipula que en el artículo 643 que el acuerdo con la persona que acepta la delegación debe ser homologado judicialmente, debiendo oírse necesariamente al hijo. Y se consagra, como deber de los progenitores, respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos, lo anterior en el artículo 646.

Asimismo, el artículo 653, incluye como una de las ponderaciones que tiene que realizar el juez para la asignación a un progenitor del cuidado personal del hijo, la necesidad de tener en cuenta la opinión del hijo; y el artículo 655, último párrafo, refiere que dentro del plan de parentalidad, los progenitores deben procurar la participación del hijo.

En ese contexto, en los procesos de familia se fijan pautas procedimentales mínimas para todo el país, vinculándose una de ellas específicamente con el rol activo y la protección del derecho a ser oído de los niños, niñas y adolescentes en todos los procesos que los afecten, lo cual quedó plasmado en el artículo 707, que establece:

...los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a ser oídos en todos los procesos que los afectan directamente. Su opinión debe ser tenida en cuenta y valorada según su grado de discernimiento y la cuestión debatida en el proceso.

Cabe mencionar que las provincias argentinas han reformado o bien dictado por primera vez leyes dirigidas a regular, en el ámbito local, la condición jurídica de la infancia. En prácticamente todas las provincias se han dictado leyes que tienen como objetivo declarado adecuar el derecho local a la Convención sobre los Derechos del Niño. En este marco merece ser destacada la circunstancia de que la mayoría de las nuevas leyes provinciales fueron dictadas con anterioridad a la reforma constitucional

Como podremos observar, el Código Civil y Comercial correlativamente, diseña mecanismos de participación activa de las personas menores de edad en el proceso judicial, elaborando un complejo normativo con diversidad de hipótesis que permiten realmente conocer y considerar sus intereses, opiniones y pretensiones cuando se ventilan cuestiones que los afectan.

Si bien, el Código Civil y Comercial incorpora pautas de actuación y reglas de valoración de cada intervención permitida a la persona menor de edad; ellas operan como recaudo institucional mínimo aplicable a todas las provincias, por debajo de las cuales no es posible proteger adecuadamente este tipo especial de derechos, en concreto el derecho del niño a ser escuchado.

### 3.3 Análisis jurídico-práctico del modelo de Tribunales de Familia

Menciona Mary Belloff que *la ley no introduce mayores cambios en la regulación de la condición jurídica de la infancia en su conjunto en la Argentina.*<sup>265</sup>

---

<sup>265</sup> Belloff, Mary, Quince años de vigencia de la Convención *op. cit.*, p. 20.

Sin duda, un relevamiento general de la jurisprudencia muestra el uso prioritario de la Convención sobre los Derechos del Niño por los tribunales civiles o de familia en algunas áreas en particular vinculadas con los derechos del niño: libertad de prensa e intimidad, derecho del niño a ser oído y, fundamentalmente, aplicación del art. 3 referido al interés superior del niño en diversos temas.

No obstante, la realidad legislativa del Estado de Argentina, dista mucho de las observaciones y recomendaciones de la Convención sobre los Derechos de los Niños.

De este modo, si bien en la época anterior a la sanción de la ley 26.061 o incluso antes de la entrada en vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, distintos magistrados y funcionarios ejercían la escucha y procuraban, por ejemplo, conocer al niño sobre el que estaban decidiendo o tomar contacto con él, en los últimos años ello se ha convertido en un imperativo normativo que no puede o no debe –según muchos de los actores de este campo- quedar librado a la discreción y decisión del magistrado interviniente.<sup>266</sup>

La efectividad configura un proceso dinámico que implica dos elementos: el cumplimiento formal y el sustancial, el primero comprende el reconocimiento normativo del derecho en la legislación interna y la coherencia entre las leyes, decretos, ordenanzas, resoluciones, etc., que lo regulan en sus diversos aspectos; y el segundo importa que las políticas públicas y las prácticas institucionales y de las asociaciones intermediarias favorezcan los medios que posibiliten el ejercicio del derecho, resultando indispensable que en su diseño se tengan en cuenta los condicionamientos socio-económicos que afectan a la realidad en la que dichas políticas han de desarrollarse.<sup>267</sup>

---

<sup>266</sup> Fiorella C., Vigo, *El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia*, consultado en: <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del-ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf>

<sup>267</sup> Rey Caro, Ernesto J., Lloveras, Nora, *Efectividad de los derechos...* op. cit., pp. 235-236.

Una completa efectividad de los postulados de la Convención sólo será posible de concretar en la medida en que las legislaciones provinciales aseguren procedimientos que permitan su completa aplicación.<sup>268</sup>

La Ley 26.061 del 2005 incorpora el principio de autonomía progresiva en su artículo 3° indicando que debe respetarse: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tomada en cuenta, c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural, d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales, e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común, f) su centro de vida.<sup>269</sup>

Desde una perspectiva de modelos normativos pueden delinearse al menos cuatro sistemas en lo que se refiere a la delimitación de la capacidad de niños y adolescentes: 1. La estipulación de límites de edad fijos establecidos por la ley. 2. La eliminación de límites de edad fijos, sustituyéndolos con la evaluación individual para determinar la competencia de ejercicio de cada derecho particular. La ley puede también introducir una presunción de competencia, dejando a los adultos la carga de probar la incapacidad del niño cuando pretendan restringir sus derechos. 3. Un modelo con límites de edad, pero que permita a todo niño adquirir el derecho antes de alcanzarla, si demuestra su competencia. 4. La diferenciación legal entre derechos específicos, estableciendo límites de edad solamente para aquellos que pretenden el peligro de ser desatendidos o violados por los adultos, e introduciendo la presunción de competencia para los demás derechos.<sup>270</sup>

---

<sup>268</sup> *Ibíd.*, pp. 244.

<sup>269</sup> Vázquez Acatto, Mariana, La incidencia del principio de autonomía progresiva de niñas, niños y adolescentes en el régimen de responsabilidad parental del Código Civil y Comercial de la Nación, en Grosman, Cecilia, Kemelmajer, Aída, et. alt., *Derecho de Familia*, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 72, noviembre 2015, Abeledo Perrot, Argentina, p. 33.

<sup>270</sup> *Ibíd.*, pp. 35-36.

En el Código Civil y Comercial si bien se toma la edad como elemento objetivo para determinar la madurez de los niños, cierto es que incorpora el principio de autonomía progresiva de diferentes modos: 1) habilitando a que ciertos derechos (en especial los de tinte personalísimo relacionados con el cuidado al propio cuerpo) puedan ser ejercidos de manera personal y autónoma por las personas que aún no hubiesen alcanzado la mayoría de edad, que acontece a los 18 años; 2) como límite a la autoridad de los padres sobre los hijos en toda la regulación de la responsabilidad parental, y 3) como pauta para medir el grado de intervención o participación de los niños y adolescentes en los procesos familiares.<sup>271</sup>

Cuando se refiere a la responsabilidad parental se dice en el artículo 639 que ésta debe regirse bajo los siguientes principios: a) el interés superior del niño; b) la autonomía progresiva del hijo conforme a sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo. A mayor autonomía, disminuye la representación de los progenitores en el ejercicio de los derechos de los hijos; c) el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez.

Con el reconocimiento de la capacidad progresiva al niño puede de forma autónoma realizar sin representación:

De conformidad al artículo 661 inciso c) está legitimado para demandar alimentos a algún progenitor el hijo con grado de madurez suficiente con asistencia letrada.

El artículo 679 señala que el hijo menor de edad puede reclamar a sus progenitores por sus propios intereses sin previa autorización judicial, si cuenta con la edad y grado de madurez suficiente y asistencia letrada.

Sostienen Aida Kemelmajer, que:

---

<sup>271</sup> *Ibíd.*, p. 36.



...toda vez que exista conflicto de intereses entre el niño (sea por su edad o por su falta de desarrollo y madurez), debe designarse un tutor *ad litem*. El tutor ad litem es un instituto de protección que procede sin perjuicio de la intervención del Ministerio Público. Representa los intereses particulares del niño en conflicto con sus padres, pero actúa exclusivamente para ese acto único y sin desplazarlos en las restantes esferas de la vida del hijo. Defiende el interés del niño de acuerdo con su leal saber y entender, desde la mirada adulta, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión.<sup>272</sup>

Así el Código se inclinó por un criterio flexible-mixto, que ofrece una variante muy razonable, como regla, si se trata de un adolescente, su "edad y grado de madurez" se presume, si es un niño, corresponderá al magistrado valorar en cada supuesto si cuenta con las condiciones necesarias para llevar adelante una participación autónoma.

A pesar de que han transcurrido varios años desde su recepción legislativa, el Código en la práctica no resulta fácil ni está exento de polémicas, resultando múltiples aristas para el análisis, que serían imposible de agotar en los límites necesarios de la presente investigación.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño implicó cambios radicales en el ejercicio de los derechos fundamentales de la infancia, pero implicar no significa que siempre tengan efectividad, por lo que es necesario que colectivamente se crea en los derechos del niño como Derecho positivo y se actúe, en todos los niveles sobre la base de tal creencia.<sup>273</sup>

Con la implementación de la Cámara Gesell en Argentina uno de los objetivos prioritarios que el Poder Judicial santafesino tuvo en cuenta al decidir su instalación ha sido optimizar la protección de los niños que hayan sufrido delitos

---

<sup>272</sup> <sup>272</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída Molina de Juan, Mariel F., *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*, ob. cit.

<sup>273</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída, Herrera, Marisa, et. al., *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2014, pp. 15-16.

contra su integridad sexual, o hayan sido testigos de hechos delictivos. Conviene señalar que, judicialmente, en los casos de abuso de menores, la Cámara Gesell tiene una doble función: por una parte, tiende a reducir el daño que sufre el menor por el recuerdo traumático del abuso, ya que se realiza una sola entrevista, a veces el juez ordena grabarla en video que sirve como prueba para el resto del proceso. La entrevista es conducida por un profesional especialista en menores.

En concreto, los profesionales intervinientes toman la declaración del niño en un lugar adecuado acondicionado con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del niño.

Los Tribunales Colegiados de Familia también se ven beneficiados con la incorporación de las Cámaras Gesell, para un mejor abordaje de asuntos de divorcio, tenencias, régimen de visitas, violencia familiar, entre otros. La Cámara Gesell admite la observación compartida de una situación por varios miembros de un equipo interdisciplinario, donde cada uno puede realizar un análisis de lo observado, confrontar marcos teóricos y realizar un intercambio de saberes que posibilite arribar a un diagnóstico de determinada situación familiar que será de gran utilidad para el Juez al momento de resolver.

Asimismo, esta herramienta tiene una utilidad didáctica en el ámbito de la Mediación Judicial, ya que se destina ese espacio para capacitar a los nuevos mediadores y optimizar esa práctica de resolución de conflictos cuya demanda viene creciendo en forma sostenida. Así, garantizada la confidencialidad y voluntariedad propias de la práctica de la mediación, la Cámara Gesell se convierte en una virtual “aula” en donde los aspirantes a mediador e incluso los profesionales ya experimentados debaten los métodos para resolver cada conflicto.

Por cuanto hace a la capacitación, para maximizar el uso de esta moderna herramienta y optimizar la utilización de su tecnología, el Centro de Capacitación Judicial brinda cursos y talleres orientadas a funcionarios, magistrados y operadores del servicio judicial. De esta forma, se busca un constante desarrollo y

perfeccionamiento de los profesionales encargados del servicio de justicia en pos de una asistencia técnica jurídica de calidad y especializada.

Mary Bellof agrega que para lograr mayor respeto y vigencia de todos los derechos fundamentales se requiere, por lo menos: a) un poder judicial con altísimos niveles de formación, independiente y activo en el mejor sentido de la expresión, b) reformas legales, c) educación jurídica de grado y posgrado que integre en sus planes de estudios la temática vinculada con los menores de edad, d) fundamentalmente, la concreta implementación de políticas públicas que garanticen la protección real y universal de la infancia, e) programas específicos para quienes requieren protección especial. La reforma legal, aun cuando fuera la mejor posible, por sí misma —sin estos otros elementos— no puede operar sino como fuegos artificiales sobre la realidad.<sup>274</sup>

Algunos sostienen que definir cuándo un niño está en condiciones de ejercer esta facultad supone predeterminar una edad (o rangos de edades) para escuchar a los niños, determinación respecto de la cual ni la doctrina ni la práctica judicial es pacífica. En Argentina, por ejemplo, existen opiniones diversas entre los propios jueces (10 años, 14 años o depende de cada situación concreta) por lo que muchos siguen el parámetro que da el Código Civil que establece la responsabilidad por los perjuicios a partir de los 10 años.

### 3.4 Análisis Internacional de resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en relación al derecho de los niños a ser escuchados.

Son veinticinco las naciones americanas que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual representa la salvaguarda de los derechos esenciales del hombre en el continente americano, con el fin de cumplir con lo anterior, la Convención instrumentó dos órganos competentes para conocer las violaciones a los derechos humanos en ella establecidos, la Comisión

---

<sup>274</sup> Bellof, Mary, Quince años de vigencia de la Convención *op. cit.*, p. 44.

Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1959, con sede en Washington, D.C.) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (creada en 1979, con sede en Costa Rica).

El objetivo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es la aplicación e interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos, teniendo una función jurisdiccional y consultiva.

La obligación de cumplir lo dispuesto en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos corresponde a un principio básico del Derecho Internacional, respaldado por la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*) y, tal como lo dispone el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, aquellos no pueden por razones de orden interno dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Aunado a que las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.

A continuación, haré alusión a dos resoluciones emitidas por la Corte que refieren el derecho de los niños a ser escuchados en todos los asuntos en que se vean involucrados sus intereses.

#### 3.4.1 Caso Atala Riffo y Niñas Vs. Chile

El caso presentado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos, conocido como “Atala Riffo y niñas Vs. Chile”, fue interpuesto el 17 de septiembre de 2010 por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en contra del Estado de Chile por el caso número 12.5023.

El presente caso se relaciona con la alegada responsabilidad internacional del Estado por el trato discriminatorio y la interferencia arbitraria en la vida privada y familiar que habría sufrido la señora Atala debido a su orientación sexual en el

proceso judicial que resultó en el retiro del cuidado y custodia de sus hijas M., V. y R. El caso también se relaciona con la alegada inobservancia del interés superior de las niñas cuya custodia y cuidado fueron determinados en incumplimiento de sus derechos y sobre la base de supuestos prejuicios discriminatorios.

El 17 de septiembre de 2010 la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (...) presentó, de conformidad con los artículos 51 y 61 de la Convención, una demanda contra el Estado de Chile (...) en relación con el caso 12.502. La petición inicial fue presentada ante la Comisión Interamericana el 24 de noviembre de 2004 por la señora Karen Atala Riffo (...)

En lo que respecta a la tuición de las niñas, se solicitó por el padre en 2003 ante el Juzgado de Menores, además, presentó demanda de tuición provisoria, la que fue concedida, fundado la demandada había privilegiado su interés personal, al convivir con su pareja en el mismo hogar en que habita con las niñas, y con ello ha generado un desmedro en el desarrollo futuro de sus hijas, así no cabe sino concluir, que el actor presenta argumentos más favorables en pro del interés superior de las niñas, argumentos, que en el contexto de una sociedad heterosexuada, y tradicional, cobran gran importancia.

El juez de esta resolución fue inhabilitado. Finalmente, la sentencia definitiva de prima instancia concede la tuición de las niñas a su madre, en base a que “había quedado establecido que la orientación sexual de la demanda no representa impedimento para desarrollar una maternidad responsable, que no presentaba ninguna patología psiquiátrica que le impidiera ejercer su “rol de madre” y que no existían indicadores que permitieran presumir la existencia de causales de inhabilidad materna para asumir el cuidado personal de las menores de edad.” Agrega que las niñas fueron oídas, y que “las declaraciones rendidas en audiencia por las menores de edad fue un antecedente considerado, pero no condicionaba su decisión en razón de su corta edad y la posibilidad de que estas opiniones se vieran afectadas “artificialmente por factores externos que las influencien, distorsionen o inhabiliten al fin propuesto”.

Se interpone por el padre un recurso de apelación con orden de no innovar contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores, se acepta a tramitación el recurso y se concede la orden de innovar manteniendo la custodia el padre.

Sin embargo, el 30 de marzo de 2004 la Corte de Apelaciones de Temuco confirmó la sentencia apelada.

Finalmente, el padre interpone un recurso de queja en contra de los jueces de la Corte de Apelaciones de Temuco, además solicitó que se mantuviera provisionalmente la tuición de las niñas a su favor. La Corte Suprema, en fallo de tres votos contra dos, acoge el recurso y concede la tuición definitiva al padre. Consideró que “las niñas se encontraban en una “situación de riesgo” que las ubicaba en un ‘estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferenciaba significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal’.” Por lo tanto, da por acreditada la “causa calificada” a la que hacía referencia el artículo 225 Código Civil, pues esta situación puede generar daños irreversibles en el desarrollo de las niñas, las que tienen derecho a vivir en una familia “estructurada normalmente”.

Centraré el análisis directamente en lo manifestado por la Corte Interamericana sobre el derecho de las niñas a ser oídas. Este tribunal internacional constata que, en primera instancia, las niñas fueron oídas, cumpliéndose con las obligaciones que del derecho del niño a ser oído se desprenden, pues “no sólo las escuchó en audiencia, sino que además es explícito que se tuvo en cuenta las opiniones de las tres niñas teniendo en cuenta la madurez y capacidad de las mismas en ese momento.” Sin embargo, el Tribunal concluye lo opuesto cuando analiza la forma en que la Corte Suprema chilena conoce de la causa. Si bien toma en consideración el hecho de que el recurso de queja tiene una naturaleza especial “que constituye principalmente un recurso disciplinario en contra de los jueces de

instancia y en la cual no se recauda más prueba de la que ya ha sido aportada durante todo el proceso de tuición (...), y que “un niño o niña no debe ser entrevistado con más frecuencia que la necesaria”, ello no implica que la Corte quede exenta de oír estos testimonios y tomarlo debidamente en consideración al resolver, argumenta que:

(...) el hecho de que una autoridad judicial no tenga que recabar nuevamente el testimonio a un niño o niña en el marco de un proceso judicial, no la libera de la obligación de tener debidamente en cuenta y valorar, en un sentido u otro, las opiniones expresadas por la niña y el niño en las instancias inferiores, en función de la edad y capacidad del niño. De ser pertinente, la autoridad respectiva debe argumentar específicamente por qué no va a tomar en cuenta la opción del niño o la niña.

La Excelentísima Corte Suprema no se hace cargo en su sentencia de las declaraciones de las niñas que constaban en el expediente, no hubo una labor argumentativa en este sentido, sino que, como identifica la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

(...) se limitó a fundamentar su decisión en el supuesto interés superior de las tres menores de edad pero sin motivar o fundamentar la razón por la que consideraba legítimo contradecir la voluntad expresada por las niñas durante el proceso de tuición, más aún si se tiene en cuenta la interrelación entre el derecho a participar de los niños y niñas y el objetivo de cumplir con el principio del interés superior del niño (...) la Corte concluye que la referida decisión de la Corte Suprema de Justicia violó el derecho a ser oídas de las niñas y ser debidamente tomadas en cuenta consagrado en el artículo 8.1, en relación con los artículos 19 y 1.1 de la Convención Americana en perjuicio de las niñas M., V. y R.

En el mismo orden de ideas, el autor Jaime Couso, menciona el fallo de la Corte Suprema en el caso Atala y explica:

Así, bajo la apelación al “interés superior” de las niñas, e incluso a un derecho (“sui generis”) a vivir preferentemente en una familia de “modelo tradicional”, sin

referirse a la opinión de las niñas (que en la primera instancia manifestaron una preferencia por permanecer con su madre), tres ministros de la Corte Suprema (con la oposición enérgica de los dos ministros restantes, en su voto de minoría) están implementando una política que no es precisamente la de tratar a las niñas como sujeto de derechos, sino más bien la de conservar en poder de los jueces la prerrogativa de proyectar sus propias preferencias en materias frente a las cuales el Estado es neutral (la predilección de un modelo de familia por sobre otro) para decidir conforme a esas preferencias las vidas de los niños sometidos a su jurisdicción. Todo ello, en lenguaje de derechos y apelando a principios de la CDN.<sup>275</sup>

Esta cita la considero relevante, porque plasma la disociación que existe entre lo que formalmente Chile reconoce en su legislación, tanto por medio de la ratificación de convenciones internacionales, como por las modificaciones legales que se han realizado en virtud de buscar concordar su derecho con estos nuevos parámetros mundiales, sin embargo, en la práctica se sigue implementando un modelo paternalista.

#### 3.4.2 Caso Fornerón e Hija Vs. Argentina

El 29 de noviembre de 2010, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sometió a la jurisdicción de la Corte Interamericana el caso Fornerón e hija en contra de la República Argentina, originado en una petición presentada el 14 de octubre de 2004 por Leonardo Aníbal Javier Fornerón y por Margarita Rosa Nicoliche.

La niña fue entregada por su madre en guarda preadoptiva a un matrimonio sin el consentimiento de su padre biológico, quien no tiene acceso a la niña y el Estado no ha ordenado ni implementado un régimen de visitas a pesar de las múltiples solicitudes realizadas por el señor Fornerón a lo largo de más de diez años.

---

<sup>275</sup> Couso, Jaime, *El Niño como sujeto de Derechos... op. cit.*, p.161.



La Comisión consideró que el paso del tiempo fue especialmente relevante en la determinación de la situación jurídica de la niña y de su padre, puesto que las autoridades judiciales establecieron la adopción simple de la niña a favor del matrimonio guardador el 23 de diciembre de 2005, con fundamento en la relación que ya se había desarrollado en el transcurso del tiempo. La demora injustificada en los procedimientos se convirtió en la razón para desconocer los derechos del padre.

Razón por la cual la Comisión solicitó a la Corte que concluya y declare la responsabilidad internacional del Estado por la violación del derecho del señor Fornerón y de su hija a un debido proceso, a las garantías judiciales y a sus derechos a la protección a la familia, consagrados en los artículos 8.1, 25.1 y 17 de la Convención Americana.

El presente caso se relaciona con la alegada violación del derecho a la protección a la familia del señor Fornerón y de su hija biológica.

Medularmente los hechos consistieron en que el 16 de junio de 2000, en el Sanatorio Policlínico de la ciudad de Victoria, nació M, hija de Diana Elizabeth Enríquez y del señor Fornerón. Ambos tuvieron una relación que culminó antes de que naciera la niña; por lo que el señor Fornerón desconocía la existencia del embarazo de la señora Enríquez hasta aproximadamente el quinto mes del mismo, cuando una amiga en común le informó sobre ello. Con posterioridad, el señor Fornerón preguntó varias veces a la señora Enríquez si él era el padre, y ella lo negó en toda ocasión.

Al día siguiente del nacimiento, la señora Enríquez entregó su hija al matrimonio B-Z, residentes en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, con la intervención del Defensor de Pobres y Menores Suplente de la ciudad de Victoria, quien mediante un acta formal dejó constancia de lo sucedido. En el acta de entrega elaborada por dicho funcionario señala la Corte que se lee que la madre “dejó

expresa constancia de su voluntad de entregar a su hija en guarda provisoria con fines de futura adopción” al referido matrimonio y “expresó su voluntad de no ser citada en todo trámite judicial de guarda y/o adopción plena que a los efectos se pudieran realizar”.

Posteriormente, la señora Enríquez regresó a Rosario del Tala, y ahí el señor Fornerón, quien había tenido conocimiento del nacimiento de la niña a través de la referida amiga en común, consultó de nuevo a la madre si él era el padre de la niña, la señora Enríquez confirmó que él era el padre, pero le indicó que no quería que él fuera a buscarla.

Por lo que el 3 de julio del 2000, el señor Fornerón y la señora Enríquez comparecieron ante la Defensoría de Pobres y Menores de Rosario del Tala. Allí el señor Fornerón se interesó por el reconocimiento de paternidad respecto de la niña e indicó que, pese a que no tenía certeza de ser el padre, si correspondía, deseaba hacerse cargo de la niña.

El señor Fornerón realizó una serie de actividades procesales, entre otras actuaciones:

- a) manifestó a las autoridades desde un inicio su oposición a la solicitud de guarda judicial que el matrimonio B-Z había interpuesto y, desde que tuvo conocimiento de que podía ser el padre de la niña, solicitó hacerse cargo de ella;
- b) se sometió a varios estudios, entre otros, a una prueba de ADN;
- c) interpuso diversos escritos y peticiones, incluyendo recursos contra varias decisiones;
- d) promovió un juicio de derecho de visitas;
- e) presentó propuestas de régimen de visitas;
- f) solicitó medidas para acelerar los procesos, y
- g) realizó diversas solicitudes al juez a cargo del proceso de régimen de visitas, entre ellas, en diversas ocasiones requirió que emitiera finalmente una sentencia.

Sin embargo, fue hasta el 4 de mayo de 2011 cuando se celebró una audiencia ante la Sala Civil y Comercial del Superior Tribunal de Justicia de Entre Ríos, en la que se escuchó por primera vez a la niña que tenía ya once años, así como al señor Fornerón y al matrimonio B-Z.

En dicha audiencia la niña manifestó que el señor Fornerón es un desconocido para ella y, aunque en momentos de su declaración indicó que no quería ver a su padre biológico, también afirmó que podría intentar algún tipo de medida para ir conociéndolo, como que él fuera a su casa y estuviera presente su madre adoptiva. El señor Fornerón indicó que quiere “conocerla a ella y saber qué piensa”, explicó que “su intención no es apropiarse de ella, es tener un régimen de visitas, conocerla, si es mayor y quiere venir a vivir con él”, y explica que “hoy en día la realidad no es la misma, ella tiene uso de razón, puede pedir cosas, y si quiere tener un régimen de visitas o no, hoy la realidad es que tiene once años y puede tomar decisiones, no puede obligarla a vivir con él”.

Finalmente, las partes acordaron: a) establecer un régimen de visitas de común acuerdo y en forma progresiva; b) que el señor Fornerón desiste del recurso de inaplicabilidad de ley; c) un pacto de confidencialidad, cesando todo tipo de publicidad, entrevistas o declaraciones sobre el caso, y d) el señor Fornerón no realizará nuevas denuncias penales o civiles, que perturben la vida familiar de la menor y de sus padres adoptivos.

Lo interesante fue que la Corte indicó que el Estado debía seguir diversas directrices para poder determinar en el presente caso cuál era el interés superior de la niña y, adujo que:

En primer lugar, el Estado debe partir de la realización de un análisis casuístico, lo cual implica que las necesidades e intereses actuales de la niña deben ser determinados mediante el análisis calificado de personas especializadas que consideren diversos factores individualizados, como su madurez o las experiencias vividas hasta el presente.

En segundo lugar, el Estado debe garantizar efectivamente el derecho de la niña a ser escuchada en el procedimiento correspondiente, debiendo determinar previamente la metodología y el medio más adecuado para que pueda expresar su opinión conforme a su edad y madurez.

En tercer lugar, el Estado debe asegurar efectivamente diversas condiciones y garantías de debido proceso al llevar a cabo el procedimiento para determinar el régimen de relacionamiento más adecuado entre el señor Fornerón y la niña.

### 3.5. Derecho Nacional. La escucha del niño en los procesos de familia mexicanos

Es de vital importancia analizar lo que sucede en los Tribunales de Familia de nuestro país en específico, estudiar si los Códigos Familiares con las recientes reformas han contemplado condiciones bajo las cuales se deba llevar a cabo la escucha de los niños, y de ser así analizar las herramientas que utilizan para materializar dicho derecho.

#### 3.5.1 Iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares.

Antes de comentar la reciente reforma del 2017 a nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, es preciso señalar que la materia de Familia en la actualidad se encuentra regulada en cada entidad federativa ya sea en un Código Civil o bien en un Código Familiar o Ley de la Familia. En consecuencia, tenemos 33 normas que establecen los derechos de las familias.

En ese contexto, se expide el Decreto del pasado 15 de septiembre de 2017 publicado en el Diario Oficial de la Federación, mediante el cual se reformaron entre

otros el artículo 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece:<sup>276</sup>

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

I. a XXIX-Z. ...

XXX. Para expedir la legislación única en materia procesal civil y familiar;

XXXI. Para expedir todas las leyes que sean necesarias, a objeto de hacer efectivas las facultades anteriores, y todas las otras concedidas por esta Constitución a los Poderes de la Unión.

En marco de lo anterior, se realiza una iniciativa con proyecto de Decreto por el que se expide el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, que a su vez reformará la Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, así como, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en materia de adopción, qué, adelantando nuestro comentario se considera un enorme retroceso al unir nuevamente las materias Civil y Familiar en un sólo Código cuando ya en algunas entidades federativas se había dado un gran adelanto en el derecho convirtiendo a la materia de Familia en autónoma. Y lo anterior, únicamente por regular una institución como lo es la adopción, dejando de lado las demás instituciones y derechos que no forman parte del Derecho Civil, sino que pertenecen al derecho de familias, término utilizado por el Doctor Eduardo Oliva Gómez en diversas ponencias, al referirse al derecho de los diversos tipos de familias que tenemos en la sociedad actual.

Señalamos lo anterior, puesto que de la exposición de motivos se colige que la razón de la iniciativa es incluir a la adopción, en el Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, como un procedimiento especial con una legislación procesal uniforme en todo el país con reglas específicas para su tramitación y desahogo ante la autoridad judicial competente, en específico crear un

---

<sup>276</sup> Decreto por el que se reforman y adicionan los artículos 16, 17 y 73 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de Justicia Cotidiana, consultado en: [http://www.dof.gob.mx/nota\\_detalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017](http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5497456&fecha=15/09/2017)

procedimiento especial de adopción, reglas procesales para garantizar plenamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todas las etapas del procedimiento.

La iniciativa sólo señala la parte en la que se encontrarán las reformas correspondientes a dicho procedimiento, no obstante, la analizaremos con la finalidad de esclarecer si dentro de la misma se encuentran algunas herramientas para el respeto del derecho del niño a ser escuchado.

Nos percatamos que dentro de su capítulo V de la Audiencia final de juicio, en ningún momento se menciona al niño, lo cual se considera contradictorio a lo señalado en la iniciativa respecto a la protección de los derechos de los niños, pues se debió considerar su escucha, y tomar en cuenta su opinión, si bien no como un requisito procesal, si como un derecho al que todo niño pueda acceder, como se ha implementado en los códigos aún vigentes, mismos que se verán más adelante.

Asimismo, en el artículo 547 de la iniciativa se dice que el Subsistema Nacional de Adopción representará, a través de las personas facultadas y asignadas para tal efecto, a las niñas, niños y adolescentes, candidatos a la adopción en el respectivo procedimiento; al respecto, se debe considerar que ya los instrumentos internacionales y las legislaciones vigentes de protección de los derechos de las niñas, niños y adolescentes han señalado como principio fundamental el principio de autonomía progresiva, que no se visualiza en la ningún artículo de la iniciativa, contrario a ello, se señala la representación de sus derechos, que si bien es cierto no lo hacen con una intención negativa, sí pudiese transgredir dicho principio. Máxime que la finalidad de la iniciativa es garantizar plenamente los derechos de los niños, niñas y adolescentes en todas las etapas del procedimiento.

Tal como lo vemos en el artículo 548 de la Audiencia inicial, que establece que una vez presentado el Formato Único de Solicitud de Adopción, en el auto admisorio que le recaiga a la solicitud inicial de adopción, el órgano jurisdiccional

señalará fecha para la audiencia, la que se deberá desahogar dentro de los diez días siguientes al mismo.

Señalando que, en dicha audiencia, participarán los adoptantes, su respectivo abogado, el candidato a la adopción, y la Procuraduría de Protección, competente en razón del domicilio. Dentro de la participación no se establece bajo que: condiciones, parámetros, que herramientas se utilizarán para tomar en cuenta la participación del candidato a la adopción, no se establecen los principios y derechos que se deben proteger al momento de la participación o si sólo será un simple espectador.

En ese sentido, se colige que aun con la unificación, es decir, la implementación de un Código Nacional de Procedimientos Civiles y Familiares, no se tendría cubierta la obligación por parte del Estado mexicano adquirida por la Convención de los Derechos del Niño, en su artículo 12 de tomar en cuenta la participación de los niños en los juicios donde sus intereses se vean involucrados y afectados, contrario a ello, pareciera que vamos hacia atrás, lo cual no se puede permitir si llevamos desde el año 1989 tratando de materializar los derechos de los niños.

Ahora bien, analizaremos tres Entidades federativas que se considera que se encuentran en constantes reformas, y por ende actualización del derecho.

3.5.2 De la Ciudad de México. Código Civil para el Distrito Federal. Ultima reforma 24 de octubre de 2017.

Iniciaremos con la Ciudad de México reciente entidad federativa, que aun en sus Código no se ha modificado por lo que aparece todavía como Distrito Federal; la razón de iniciar con éste es porque se considera como modelo a seguir para las demás entidades federativas, como podemos observar se encuentra en constante movimiento actualizando su normativa de acuerdo a como la sociedad lo va exigiendo.

Así, veremos que en el Código Civil para el Distrito Federal<sup>277</sup> en su artículo 23 se establece la minoría de edad como una restricción en la capacidad de ejercicio, al señalar:

Artículo 23.- La minoría de edad, el estado de interdicción y demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la capacidad de ejercicio que no significan menoscabo a la dignidad de la persona ni a la integridad de la familia; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes.

El artículo que antecede, si bien no atenta contra la dignidad, si es necesario que se hable de la autonomía progresiva, pues de no ser así las autoridades judiciales en el procedimiento interpretan esto como una incapacidad no sólo de ejercicio sino de goce, del disfrute de sus derechos que no pueden ser exigibles por si mismos sino a través de representantes.

Por otra parte, encontramos que en el capítulo X Del divorcio, en sus artículos 282 y 283, se señala lo siguiente:

Artículo 282.- Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

B. Una vez contestada la solicitud:

II. - Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

---

<sup>277</sup> Código Civil para el Distrito Federal, consultado en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-541c8c3c5d4c05a43a47a977cde017af.pdf>



En defecto de ese acuerdo; el Juez de lo Familiar resolverá conforme al Título Décimo Sexto del Código de Procedimientos Civiles, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos.

III.- El Juez de lo Familiar resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

Artículo 283.- La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

[...] Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el Juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

Como observamos, el juez debe tomar en cuenta la opinión de los niños, pero en ningún de los artículos se establece procedimiento para la escucha, asimismo encontramos aun la idea inconstitucional de que los niños hasta los doce años deben permanecer con la madre, no obstante, que se señalen algunas excepciones, consideramos que el interés superior de los niños se debe proteger en todo momento, de ahí la intención de que se les escuche.

Ahora bien, en el caso de la adopción, tal y como lo advertimos en párrafos anteriores, el código del Distrito Federal en su artículo 398 refiere que para que la adopción proceda deberán manifestar su consentimiento, en sus respectivos casos:

- I. Quienes ejerzan la patria potestad sobre el menor que se pretende adoptar;
- II. El tutor del que se va a adoptar;
- III. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado, cuando éste no tenga padres conocidos ni tutor; y

#### IV. El menor si tiene más de doce años.

El niño debe ser escuchado aun en los casos de adopción, cuestión que se omite en la iniciativa del Código Nacional... sin existir un mínimo de edad para poder ser tomado en cuenta, pues tal pareciera que a los jueces les da pereza realizar las prácticas para determinar el grado de madurez de los niños, su evolución progresiva de facultades para determinar si su opinión se dio bajo la formación de un juicio propio.

Sin que pase desapercibido que por un lado se señala la edad de doce años para manifestar su consentimiento y por otro establezca que en todos los asuntos de adopción serán escuchados los menores en condiciones adecuadas conforme a su edad y grado de madurez.

Finalmente, por cuanto hace a los juicios familiares donde se soliciten las convivencias, en el artículo 417 se menciona que:

ARTÍCULO 417.- En caso de desacuerdo sobre las convivencias o cambio de guarda y custodia, en la controversia o en el incidente respectivo deberá oírse a los menores.

A efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido en la misma por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal.

En caso de que a la audiencia no se presentare el asistente de los menores, atendiendo al interés superior de estos, será potestativo para el Juez celebrar o no la audiencia una vez que verifique si es factible la comunicación libre y espontánea con el menor.

Como ya también se había señalado la escucha del niño pareciera que únicamente ocurre cuando los padres no logran ponerse de acuerdo, es decir, los adultos siempre decidirán con quien están los niños, y que días son los adecuados para convivir, no importando si el niño, quien es el más afectado por dicha decisión,

está o no de acuerdo, finalmente se cree que tanto los padres como los jueces están apegados a lo que dice la Convención sobre los Derechos del Niño, pues también de la lectura del artículo anterior, se interpreta el artículo 12 como optativo para los padres y el Tribunal de Familia en caso de que no llegaran a un arreglo.

#### 3.5.2.1.1 Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal. Última reforma del 2 de junio de 2015.

Es momento de analizar el Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal<sup>278</sup> mismo que en su artículo 941 establece:

Artículo 941 Bis.- Cuando a petición de parte interesada, se deba resolver provisionalmente sobre la custodia y la convivencia de las niñas y los niños con sus padres, previamente se dará vista a la parte contraria y, en caso de desacuerdo, se señalará día y hora para que tenga verificativo la audiencia que resolverá sobre la custodia y la convivencia de los menores misma que se efectuará dentro de los quince días siguientes. En la sesión donde sean escuchados los menores, a criterio del juez, podrán ser asistidos por el Agente del Ministerio Público de la adscripción y por el asistente de menores correspondiente adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal, quien no requerirá comparecer para protestar el cargo, y no realizará manifestaciones dentro de la audiencia correspondiente, limitándose a lo establecido en el segundo párrafo del artículo 417 bis.

Quien tenga a los menores bajo su cuidado, los presentará a la audiencia, para que sean escuchados por el Juez.

El Juez de lo Familiar valorando todos y cada uno de los elementos que tenga a su disposición, pudiendo incluir valoración psicológica del menor y de las partes que solicitan la custodia, determinará a quién de los progenitores corresponderá la custodia provisional de los hijos menores de edad.

---

<sup>278</sup> Código de Procedimientos Civiles para el Distrito Federal, consultado en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-2d0a0e29cbb8bfb3d6b78aec500a58bb.pdf>

A falta o imposibilidad de los progenitores para tener la custodia de los menores se considerarán las hipótesis previstas en los artículos 414 y 418 del Código Civil. Las medidas que se tomen deberán tener como principio fundamental el interés superior del menor.

En la misma tesitura, se señala la intervención del niño en caso de desacuerdo de los padres, lo que se agrega dentro del procedimiento únicamente es la asistencia de los niños por un asistente el Agente del Ministerio Público de la adscripción y por el asistente de menores correspondiente adscrito al Sistema Integral de la Familia del Distrito Federal.

Dentro del apartado al juicio oral que se adiciona a éste Código en junio del 2014 se establece:

Artículo 1029.- Cuando alguna de las partes solicite la custodia y convivencia provisional de menores de edad lo hará por escrito en la demanda principal o reconventional o en sus contestaciones, se dará vista a la contraria por el término de tres días, quien por escrito contestará la solicitud. El Juez escuchará al menor durante la audiencia preliminar atendiendo al caso concreto.

En caso de rebeldía, por desacuerdo de las partes, o bien, a juicio del Tribunal se señalará día y hora para que el Juez en diligencia privada escuche al menor ante el Ministerio Público, sin la presencia de las partes, en la que podrá comparecer el asistente de menores, quien será profesional en psicología, pedagogía o trabajo social, adscritos al Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia del Distrito Federal u otra institución, sólo para el efecto de facilitar la comunicación libre, espontánea y procurarle protección psicoemocional al menor. Sin que se requiera la protesta del cargo del citado profesional. Si la diligencia se encuentra debidamente preparada, no comparece el asistente y sí el menor, la audiencia se llevará a cabo, correspondiendo al Juez velar por el interés superior del menor. El Tribunal contará con una sala especial para escuchar al menor, que permita el desenvolvimiento adecuado para las niñas, los niños y adolescentes.

Las personas que tengan a los menores bajo su cuidado, estarán obligados a presentarlos en las diligencias y audiencias respectivas para que sean

escuchados, apercibidos que de no hacerlo se les aplicarán las medidas de apremio establecidas en este Código, sin perjuicio de que el Juez resuelva lo conducente respecto de la custodia y convivencia provisional solicitadas.

El Juez deberá tomar en cuenta todos los elementos que estén a su alcance para decidir bajo el principio del interés superior del menor el derecho de convivencia de manera provisional. En caso de duda y para salvaguarda de los menores, deberá ordenar que las convivencias se realicen durante el procedimiento en los centros e instituciones destinados para tal efecto.

En el artículo anterior igual se señala que se escuchara a los niños en caso de rebeldía, por desacuerdo de las partes, o a juicio del Tribunal, nunca por decisión propia del niño; se dice que será en presencia el asistente de menores, quien será profesional en psicología, pedagogía o trabajo social, y si no asistieren se llevará a cabo la audiencia para proteger el interés superior del niño, para lo cual se debería decir que el juez deberá tener la capacitación suficiente para llevar a cabo dicha audiencia pues no todas las personas están preparadas para facilitar la comunicación libre, espontánea y procurarle así al niño la protección psicoemocional.

Es importante destacar que el artículo señala que el Tribunal deberá contar con una sala especial para escuchar al niño, que permita el desenvolvimiento adecuado, sin más especificaciones, no se dice que debe entenderse por sala espacial ni que herramientas permitirían ese desenvolvimiento.

### 3.5.2.2 Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México. Del 12 de mayo de 2017

La Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México<sup>279</sup> establece en su artículo 7° un principio fundamental para lograr el respeto a los mismos, señala que:

---

<sup>279</sup> Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes de la Ciudad de México, consultado en: <http://www.aldf.gob.mx/archivo-df17a9de35d94505a211064d1d5e38a0.pdf>

Artículo 7. El interés superior de la niña, niño y adolescente, es el derecho sustantivo que exige adoptar un enfoque proactivo basado en los derechos humanos, en el que colaboren todos los responsables de garantizar el bienestar, físico, psicológico, cultural y espiritual de manera integral de niñas, niños y adolescentes, así como reconocer su dignidad humana. Asimismo, debe ser considerado como principio interpretativo fundamental y como una norma de procedimiento siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a una niña, niño o adolescente en concreto. El interés superior es el principio que debe regir todo acto de autoridad para garantizar el ejercicio de los derechos humanos a niñas, niños y adolescentes. Por lo tanto, toda autoridad de la Ciudad de México, en el ejercicio de sus funciones, debe sustentar toda su actuación en este principio comenzando con mecanismos efectivos de escucha de niñas, niños y adolescentes.

Menciona que derivado del principio del interés superior se deben hacer efectivos los mecanismos de la escucha y participación de los niños, garantizando éste derechos en todos los asuntos donde se atente contra su dignidad.

Posteriormente de la lectura nos encontramos el artículo 68 que señala:

Artículo 68. Las autoridades y de los órganos político administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias deberán garantizar el derecho de niñas, niños y adolescentes a expresar su opinión libremente, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole, adecuada a su edad y desarrollo y por cualquier medio, sin más limitaciones que las establecidas en el artículo 6o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. La libertad de expresión de niñas, niños y adolescentes conlleva el derecho a que se tome en cuenta su opinión respecto de los asuntos que les afecten directamente, o a sus familias o comunidades. Dichas autoridades, en el ámbito de sus respectivas competencias, deberán establecer las acciones que permitan escucha efectiva, por medio de entrevistas o cualquier otro mecanismo, a niñas, niños y adolescentes sobre temas de interés general para ellas y ellos, así como la recopilación de opiniones, la sistematización y los mecanismos para tomar en cuenta dichas opiniones.

En relación al anterior su artículo 69 nos dice:

Artículo 69. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho al libre acceso a la información. Las autoridades y los órganos político administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias promoverán la difusión de información y material que tengan por finalidad asegurar su bienestar social y ético, así como su desarrollo cultural y salud física y mental, incluyendo la perspectiva de género y el lenguaje no sexista. El Sistema de Protección acordará lineamientos generales sobre los contenidos de la información y materiales para difusión entre niñas, niños y adolescentes, conforme a lo dispuesto en esta Ley.

Al respecto el artículo 70, señala que las autoridades deben promover mecanismos para lograr la participación de los niños, sin mencionar que mecanismos, tal como se transcribe:

Artículo 70. Las autoridades y los órganos político administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias, promoverán mecanismos para la protección de los intereses de niñas, niños y adolescentes, respecto de los riesgos derivados del acceso a medios de comunicación y uso de sistemas de información que afecten o impidan objetivamente su desarrollo integral.

La Ley acorde la Convención sobre los Derechos del Niño, enfoca la obligación de las autoridades y de los órganos político administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias de garantizar el derecho de los niños a expresar su opinión libremente y ser escuchados, pero no implementa los mecanismos a los que hace referencia dejando una laguna a las propias autoridades para que implementen las que consideren convenientes, lo cual no es precisamente lo que se espera.

La Ley queda debiendo un procedimiento pues se nota la preocupación que se tiene por que se respete el derecho del niño a ser escuchado, al contener dentro de la misma un capítulo referente a la participación, que a la letra dice:

Artículo 72. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en los asuntos de su interés, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez y que estos sean reconocidos por su entorno familiar y comunitario.

Artículo 73. Las autoridades y los órganos político administrativos, en el ámbito de sus respectivas competencias, están obligadas a disponer e implementar, acciones, mecanismos y condiciones que garanticen la participación permanente y activa de niñas, niños y adolescentes en las decisiones que se toman en los ámbitos familiar, escolar, social, comunitario o cualquier otro en el que se desarrollen. Los mecanismos deberán considerar los aspectos culturales, éticos, afectivos, educativos y de salud de niñas, niños y adolescentes, de acuerdo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez. La familia, sociedad y comunidad promoverán las acciones tendientes al ejercicio del derecho de participación en sus respectivos ámbitos.

Artículo 74. Las autoridades y servidores públicos en sus respectivas competencias fomentarán la creación de espacios de participación para que las niñas, niños y adolescentes: I. Se organicen de conformidad con sus intereses y en los términos de las disposiciones jurídicas aplicables; II. Opinen, analicen, y en general, puedan expresar su punto de vista y propuestas, de forma individual o colectiva, en todos aquellos asuntos de su interés y éstos sean tomados en cuenta; III. Participen en el fomento a la cultura de respeto a sus derechos; y IV. Participen en programas de educación para la democracia y la tolerancia.

Artículo 75. Niñas, niños y adolescentes tienen derecho a participar, a ser escuchados y tomados en cuenta conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan.

Artículo 76. Niñas, niños y adolescentes también tienen derecho a que las autoridades de la Ciudad de México, les informen de qué manera su opinión ha sido valorada y tomada en cuenta su solicitud

Se dice que los niños tienen derecho a ser escuchados, que su opinión será tomada en cuenta conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, más no se dice quién es la persona idónea de realizar dicha evaluación; se limita a



señalar que las autoridades están obligadas a disponer e implementar, acciones, mecanismos y condiciones que garanticen la participación permanente y activa de los niños en todos los ámbitos, creando espacios de participación, con lo cual nuevamente nos deja en incertidumbre pues las autoridades tienen bajo su libre interpretación cuáles son esas condiciones que garantizan la participación o por ende el derecho a ser escuchados.

3.5.3 De Sinaloa. Código Familiar del Estado de Sinaloa. Última reforma del 24 de mayo de 2017.

El Código Familiar del Estado de Sinaloa<sup>280</sup> señala en su artículo 12 igual que el Código del Distrito Federal lo referente a la incapacidad, al señalar:

Artículo 12. La minoría de edad, el estado de interdicción y las demás incapacidades establecidas por la ley, son restricciones a la personalidad jurídica, que no significan menoscabo a la dignidad de la persona; los incapaces pueden ejercitar sus derechos o contraer obligaciones por medio de sus representantes, con las condiciones de ley.

Incluso el Código de Sinaloa es un claro ejemplo de lo que referíamos al decir que servía como modelo para los códigos de las otras entidades federativas pues sus artículos 187 y 188 establecen exactamente lo mismo que el primero que analizamos:

Artículo 187. Desde que se presenta la demanda, la controversia del orden familiar o la solicitud de divorcio y solo mientras dure el juicio, se dictarán las medidas provisionales pertinentes; asimismo en los casos de divorcio en que no se llegue a concluir mediante convenio, las medidas subsistirán hasta en tanto se dicte sentencia interlocutoria en el incidente que resuelva la situación jurídica de hijos o bienes, según corresponda y de acuerdo a las disposiciones siguientes:

---

<sup>280</sup> Código Familiar del Estado de Sinaloa, consultado en: [http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo\\_familiar\\_24-may-2017.pdf](http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_familiar_24-may-2017.pdf)

B. Una vez contestada la solicitud:

II. Poner a los hijos al cuidado de la persona que de común acuerdo designen los cónyuges, pudiendo estos compartir la guarda y custodia mediante convenio.

En defecto de ese acuerdo; el juez resolverá conforme al Código de Procedimientos familiares, tomando en cuenta la opinión del menor de edad.

Los menores de doce años deberán quedar al cuidado de la madre, excepto en los casos de violencia familiar cuando ella sea la generadora o exista peligro grave para el normal desarrollo de los hijos. No será obstáculo para la preferencia maternal en la custodia, el hecho de que la madre carezca de recursos económicos;

III. El Juez resolverá teniendo presente el interés superior de los hijos, quienes serán escuchados, las modalidades del derecho de visita o convivencia con sus padres;

Artículo 188. La sentencia de divorcio fijará la situación de los hijos menores de edad para lo cual deberá contener las siguientes disposiciones:

Para lo dispuesto en el presente artículo, de oficio o a petición de parte interesada, durante el procedimiento el juez se allegará de los elementos necesarios, debiendo escuchar al Ministerio Público, a ambos padres y a los menores.

Evidentemente, se colige que, si una entidad federativa no refiere procedimiento para la escucha, la siguiente entidad que toma a éste como base, tampoco se preocupa por crear el suyo, pues lo mismo pasa con los países que analizamos, si una Convención u otro instrumento internacional no lo dice entonces nosotros tampoco lo creamos.

Y ¿Entonces dónde queda la protección a la que aluden todos los países al rendir su informe al Comité sobre los Derechos de los Niños, con la actualización de sus Códigos y la creación de sus leyes?

### 3.5.3.1 Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa. Última reforma del 26 de junio de 2017.

El Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa<sup>281</sup> en su artículo 6° reconoce al niño como persona deliberante, sujeto y no objeto, y que consecuencia de ello se deberá tomar en cuenta su opinión, sobretodo donde tenga que resolverse la patria potestad, guarda y custodia compartida, divorcio y contradicción de la paternidad y maternidad.

Establece que el derecho mencionado deberá recabarse por conducto del personal especializado en Psicología de sede judicial o en defecto de éste, el que proporcione el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia, debiendo estar presente el juez, Secretario de Acuerdos y Agente del Ministerio Público, levantándose acta circunstanciada que deberá ser resguardada en el secreto del Juzgado y a fin de proteger los derechos de la infancia, a no ser objeto de injerencias en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia y a no ser atacada en su honor.

Asimismo, en los casos de divorcio judicial establece que:

Artículo 409. Si el consorte demandado se allanara totalmente a las pretensiones del actor, se ordenará por el juez, que los escritos de demanda y de contestación sean ratificados ante él y una vez cumplido lo anterior, escuchada la opinión del niño, previa citación, se pronunciará sentencia.

En el caso, es el juez quien ordena que el niño sea escuchado, para velar por sus intereses sin que se establezca bajo qué condiciones, o que herramientas debe tomar el juez para realizar la escucha.

---

<sup>281</sup> Código de Procedimientos Familiares del Estado de Sinaloa, consultado en: [http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo\\_proc\\_familiares\\_26-jun-2017.pdf](http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/codigo_proc_familiares_26-jun-2017.pdf)

Por cuanto a la restitución internacional de niños, se establece que, ante la oposición a la restitución, el juez continuará con la audiencia y en la que admitidas y desahogadas las pruebas, habiéndose escuchado la opinión del niño de la forma como lo previene el artículo 6 de este Código, sin dar más pauta a la implementación de algún procedimiento para escucharlos.

### 3.5.3.2 Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sinaloa. Del 14 de octubre de 2015.

La Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sinaloa<sup>282</sup> sigue la línea de las Ley General de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, estableciendo la Procuraduría de Protección, en ese sentido por cuanto a la adopción, señala en su artículo 24 que las personas interesadas en adoptar niños que se encuentren bajo la tutela de la Procuraduría de Protección, podrán presentar ante dicha instancia la solicitud correspondiente.

Realizando la Procuraduría las valoraciones: tanto psicológica, económica, de trabajo social y todas aquéllas que sean necesarias para determinar la idoneidad de quienes soliciten la adopción, en los términos de lo dispuesto por las leyes aplicables. Asimismo, emitirá el Certificado de Idoneidad respectivo. Lo anterior, de aprobarse el Código Nacional deberá modificarse y adecuarse al procedimiento en él establecido, pero lo que aquí interesa es que señala que la asignación de niños sólo podrá otorgarse observando entre otras cosas que los niños, siempre que sea posible de acuerdo con su edad, desarrollo cognoscitivo y grado de madurez, sean escuchados y su opinión sea fundamental para la determinación que adopte el órgano jurisdiccional competente, nuevamente hacemos alusión a que la nueva iniciativa pasa por la alto la participación de los niños sujetos a adopción.

---

<sup>282</sup> Ley de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes del Estado de Sinaloa, consultada en:  
[http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/ley\\_derechos\\_ninas\\_ninos.pdf](http://www.congresosinaloa.gob.mx/images/congreso/leyes/zip/ley_derechos_ninas_ninos.pdf)

La presente a Ley al igual que la del Distrito Federal cuenta con un apartado sobre el derecho de participación reconociendo que los niños tienen derecho a ser escuchados y tomados en cuenta en los asuntos de su interés, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez.

La obligación de las autoridades estatales y municipales en el ámbito de sus respectivas competencias, de implementar los mecanismos que garanticen la participación permanente y activa de los niños en las decisiones que se tomen en cualquier ámbito. Máxime en todos los procesos judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan, y a que se les informe de qué manera su opinión ha sido valorada y tomada en cuenta, sin dar un procedimiento adecuado para garantizar lo señalado por la ley.

3.5.4 De Coahuila. Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila de Zaragoza. Última Reforma del 22 de septiembre de 2017.

El Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila<sup>283</sup> establece dentro de sus primeros artículos los principios establecidos por la Convención sobre los Derechos del Niño, y su vinculación con el derecho a ser escuchados, al señalar:

Artículo 7. Principio de participación de niños y niñas. En todo proceso en materia familiar cuyo resultado trascienda a los derechos de niños y niñas, se deberá escuchar su opinión o recabar su consentimiento, cuando así lo ordene la Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza.

Artículo 8. Principio de autonomía progresiva e Interés Superior de los niños y niñas. El reconocimiento de la autonomía progresiva de niños y niñas, su Interés Superior y el de personas mayores de edad que requieran de asistencia o

---

<sup>283</sup> Código de Procedimientos Familiares para el Estado de Coahuila, consultado en: <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/11/coa234.pdf>

representación para el ejercicio de su capacidad jurídica, prevalecerán en la aplicación de las normas en materia familiar.

Posteriormente en su artículo 37 establece que la en los asuntos relativos a la patria potestad, guarda y custodia, régimen de visitas y convivencias del niño, y en aquellos que la o el juez estime prudente, se escuchará en diligencia privada, atendiendo a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, ante el Ministerio Público y la Procuraduría para Niños, Niñas y la Familia, sin la presencia de las partes o sus representantes.

Por su parte el artículo 38 sostiene:

Artículo 38. Asistencia en las audiencias a los niños y niñas. En las audiencias, cuando la autoridad judicial así lo determine, el niño o niña deberá ser asistido por profesional en psicología, pedagogía o trabajo social, sólo para el efecto de facilitar la comunicación libre, espontánea y procurarle protección psicoemocional. Si a la diligencia no comparece el asistente pero está presente el niño o la niña, la o el juzgador proveerá de inmediato a su sustitución para que la audiencia se lleve a cabo. En su caso, el niño o niña estará asistido del tutor o tutriz que previamente le haya sido designado.

Hasta aquí es similar a los Códigos procesales estudiados, sin embargo, el artículo 39 implementa algo novedoso a los anteriores un apartado del interrogatorio a los niños, y establece lo siguiente:

Artículo 39. El niño o niña, sin necesidad de rendir protesta de conducirse con verdad, será interrogado por la o el juez o por medio de personal especializado, quienes le formularán las preguntas de las partes, sin la presencia de éstas. De forma excepcional y si conforme a la prueba de capacidad a que se refiere el artículo 14, por su desarrollo cognoscitivo y grado de madurez se estime que ello no afectará al niño o niña, la o el juez podrá autorizar su interrogatorio directo.

Nos causa ruido la palabra interrogatorio, puesto que la escucha de los niños nunca debe ser vista como una prueba, mucho menos como un interrogatorio

donde quienes realicen las preguntas sean las partes (aunque éstas no las formulen en el primer supuesto), no obstante, de que sean realizadas por el personal especializado, mayor preocupación nos causa que el interrogatorio lo puedan hacer directamente las partes en el segundo supuesto, es decir los abogados o los padres podrán interrogar al niño, se está convirtiendo al derecho del niño a ser escuchado en una prueba más del procedimiento, en una prueba testimonial, que pierde completamente la naturaleza y la esencia de la escucha de los niños; con lo anterior es más que claro la urgente creación de un instrumento internacional que vele por que el derecho del niño a ser escuchado cuente con su propio procedimiento y que impida que las autoridades comentan éste tipo de transgresiones aludiendo que lo hacen bajo los principios de interés superior y autonomía progresiva.

3.5.4.1 Ley para la Familia de Coahuila de Zaragoza. Última Reforma del 22 de septiembre de 2017.

Finalmente la Ley para la Familia de Coahuila<sup>284</sup> en su artículo 12 fracción I sostiene que requieren asistencia o, en su caso, representación para el ejercicio de su capacidad jurídica las niñas o niños menores de dieciocho años de edad y que el ejercicio de los derechos de las personas menores de doce años de edad, será responsabilidad de quien o quienes desempeñen su patria potestad o la tutela.

No obstante, a que en su artículo 5, menciona que las personas menores de dieciocho años de edad son sujetos y titulares de derechos inalienables e inherentes al ser humano, y serán consideradas como niñas o niños, según corresponda a su género y madurez, siendo notoria su incongruencia y su falta de interpretación de los derechos humanos.

Por cuanto a la figura de la adopción, en su artículo 380 establece:

---

<sup>284</sup> Ley para la Familia de Coahuila, consultada en: <http://congresocoahuila.gob.mx/portal/wp-content/uploads/2014/11/coa233.pdf>

Artículo 380. Para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos: IV. El Ministerio Público del lugar del domicilio del adoptado o adoptada, cuando ésta o éste no tenga padres conocidos, ni tutor o tutriz, ni persona que ostensiblemente le imparta su protección y lo haya acogido como hija o hijo. Si la niña o niño que se va a adoptar tiene doce años cumplidos o más, también se necesita su consentimiento para la adopción y los menores de doce años deberán ser escuchados en los términos del artículo 5 de la presente ley.

Tal pareciera que las leyes transcriben los derechos de los niños sin analizarlos previamente y sin realizar éste control de convencionalidad al que están obligadas las autoridades, dejando sólo en el texto el cumplimiento de los derechos establecidos en los instrumentos internacionales y dejando a un lado el ejercicio de los mismos. Lo anterior, se advierte pues en el propio artículo 5, señala que las niñas y niños tienen derecho a ser escuchados en los asuntos de su interés en los procesos administrativos, judiciales y de procuración de justicia donde se diriman controversias que les afectan, conforme a su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y madurez, siendo nuevamente contradictorio a lo señalado en el artículo 12 y en su artículo 380 de su propia Ley.

#### CAPÍTULO 4. ANALISIS DE LA SITUACIÓN ACTUAL EN QUE SE LLEVA EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO EN LOS PROCEDIMIENTOS DEL JUICIO DE FAMILIA

##### SUMARIO

*4.1 Forma legal en que se ejerce el derecho del niño a ser escuchado; 4.2 La implementación de la Cámara Gesell como una garantía al derecho del niño a ser escuchado; 4.3 La implementación y aplicación del Manual de Abordaje. Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia; 4.4 ¿Cuál es el papel del juez de familia frente al derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos que ante él se suscitan?; 4.5 El rol del consejero técnico, pedagogo, psicólogo y curador ad litem en relación al derecho de los niños a ser escuchados; 4.5.1 Consejero Técnico; 4.5.2*



*Pedagogo; 4.5.3 Psicólogo; 4.5.4 Curador ad litem; 4.6 El rol del niño en el procedimiento de familia; 4.6.1 Análisis de la ejecutoria de amparo directo en revisión 648/2014 emitida por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México; 4.7 ¿Cómo fallan los tribunales de familia en cuanto al procedimiento de la escucha de los niños?; 4.7.1 Contradicción de Tesis 256/2014 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México; 4.8 El rol de la sociedad civil en la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño referente a su derecho a ser escuchado; 4.9 ¿Realmente se escucha a los niños en los procedimientos de familia?; 4.10 ¿Qué valor tiene la escucha de los niños en las controversias de índole familiar que los afecten?; 4.11 ¿Existen las medidas adecuadas para escuchar a los niños en los procedimientos judiciales?; 4.12 Naturaleza de los protocolos facultativos de la Convención sobre los derechos del Niño; 4.13 Necesidad de un Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, referente a su Derecho a ser Escuchado.*

Una vez analizado el derecho del niño a ser escuchado en las normas internacionales y una vez realizado el análisis comparado e internacional, es pertinente ubicarnos en la práctica de los procedimientos de familia en la actualidad, ya que si bien, el que el niño sea escuchado es un derecho interpretado por los instrumentos internacionales y la normatividad nacional, nos encontramos con una realidad práctica alejada a las interpretaciones antes expuestas.

La interpretación que han realizado los países que ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño, al artículo 12 de la Convención ha significado ubicar las principales problemáticas a tratar para que los niños puedan disfrutar de su derecho a ser escuchados y a que sus opiniones se tomen en cuenta según la Convención.

En ese contexto, en éste capítulo analizaremos como se lleva a cabo la escucha de los niños en los Tribunales de Familia, los roles de quienes deben llevar a cabo dicha escucha, así como los obstáculos a los que se han enfrentado, que no permiten la eficacia de la escucha, analizaremos cual han sido las respuestas a éstos obstáculos, los avances en cuanto a su implementación y respecto a éste

derecho, y por ende la necesidad de que exista un protocolo facultativo de la Convención sobre los derechos del Niño que especifique la forma y medidas que se deben tomar en cuenta para un verdadero respeto al derecho de los niños de ser escuchados, existiendo una uniformidad de criterios con los cual los países se obliguen a cumplir lo establecido por el mismo.

#### 4.1 Forma legal en que se ejerce el derecho del niño a ser escuchado

Como es sabido, las interpretaciones a los instrumentos internacionales tienen su grado de complejidad y se tienen que adecuar al País del que se trate, sin embargo, uno de los instrumentos internacionales que más ha sido interpretado es la Convención sobre los derechos del Niño, en específico su artículo 3° que colige el interés superior del niño y su artículo 12 que establece el derecho del niño a ser escuchado, ya que ambos han sido muy complejos en cuanto a su interpretación respecto a la posibilidad de intervenir en el procesos judiciales que los afectan, si la opinión, la decisión y el consentimiento de los niños pueden contar para tomar decisiones radicales, así como las condiciones bajo las cuales se debe realizar la escucha de los niños, son problemas de interpretación que vienen abordando de manera sistemática los países que firmaron y ratificaron la Convención.

En las controversias de índole familiar tales como divorcio, guarda y custodia, régimen de convivencias y patria potestad o bien relación directa y regular, tal y como lo señalamos en el capítulo 1, la escucha de los niños si bien es cierto forma parte de la normativa interna, nos encontramos que tanto en México, Argentina y Chile (por ser los países aquí estudiados) no se colige de forma específica dentro de su legislación la forma en la cual se deba escuchar a los niños en los procedimientos judiciales, dejando al libre albedrío el ejercicio de éste derecho, es decir, en la práctica es el propio Juez que estudia el caso en particular en cada País, quien determina el ejercicio del mismo.

En México medularmente en sus Códigos Civiles y Familiares sostienen que:

...a efecto de que el menor sea adecuadamente escuchado independientemente de su edad, deberá ser asistido por el asistente de menores que para tal efecto designe el Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia [...]. Asimismo, deberá estar presente el Ministerio Público, en su calidad de representante social, quien en unión del juez escuchará al menor.<sup>285</sup>

En Argentina el Código Civil y Comercial vigente sostiene:

...la persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne, así como a participar en las decisiones sobre su persona.

En Chile, la Ley 19.968 establece que:

el juez en el procedimiento deberá tener debidamente en cuenta las opiniones de los niños, niñas y adolescentes, considerando su edad y madurez, o bien puede ser citado en el proceso de mediación familiar cuando su presencia fuere indispensable para el desarrollo del mismo, en los casos de guarda, regulación directa y regular, cuidado personal y alimentos, esta debe ser obligatoria, o ser citado a presentar declaraciones testimoniales en juicio.

Como podemos observar, no se señala tácitamente cómo debe realizarse la escucha de los niños o bien bajo qué condiciones, lo cual ha originado que los países que firmaron la Convención sobre los derechos del Niño, se vayan ajustando al contenido de su artículo 12, aunque no desde su ratificación, pero sí en la actualidad, surgiendo muchas dudas respecto a la eficacia de la escucha de los niños.

Lo primero que me parece interesante traer a colación es la forma que por excelencia se utiliza para realizar la escucha de los niños en las controversias

---

<sup>285</sup> Código Civil del Distrito Federal

familiares, en la cual se solicita que el niño sea presentado por el progenitor que tiene su custodia ante el Tribunal de Familia.

Al tener el juzgador la obligación de escuchar a los niños cuando en el caso concreto sus intereses se vean afectados, se realiza una tipo audiencia dentro de la oficina o sala del juez en la que se encuentran: el juez, el psicólogo o pedagogo o consejero técnico o asistente social, así como los defensores de los derechos de los niños.

#### 4.2 La Cámara Gesell: su implementación en las diligencias judiciales para el ejercicio del derecho del niño a ser escuchado

La Cámara Gesell fue creada por el psicólogo y pediatra estadounidense Arnold Gesell (1880-1961), quien se dedicó al estudio de las etapas de desarrollo infantil, mediante la observación de niños y niñas, realizando esta actividad desde una sala separada por un espejo unidireccional con el objeto de evitar el efecto de reactividad, conocido como el fenómeno por el cual los individuos alteran sus conductas al ser observados ante la sensación de presión y/o sentirse coartados ante la mirada de un observador, y especialmente ante la contemplación de un grupo de personas que superen en número a quienes se encuentran siendo observadas.

La implementación a partir del año 2011 de un proyecto piloto en el Juzgado de Familia de Melipilla, incorpora la entrevista de niños, niñas y adolescentes en la denominada sala Gesell.

Esta modalidad de trabajo se fue sumando paulatinamente en todos los Tribunales de Familia de Argentina y Chile, lo que se pretendía era otorgar un lugar apropiado para que los niños puedan expresarse a partir de implementar una metodología adecuada para que estos sean escuchados durante el proceso.

Por otro lado, esta iniciativa de modernización de los procedimientos judiciales favorece la garantía de los niños de acceder de manera adecuada a su derecho a la información judicial, para formarse una opinión respecto de la causa judicial.

Con la utilización de la Cámara Gesell se destaca la transparencia del proceso debido a que el niño en esas condiciones conoce al entrevistador, la modalidad de trabajo y, fundamentalmente adquiere conciencia plena que es observado por los funcionarios presentes en el acto.

Desde la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño y su vinculación en las Constituciones de cada Estados Partes, y al tener un rango constitucional la defensa de sus derechos, estos deben esforzarse para que esos derechos realmente sean efectivos.

La utilización de la Cámara Gesell tiende a evitar la reiteración de preguntas y las sucesivas entrevistas a las que se ve sometido un niño, aunado a que es un lugar lúdico, logrando que con toda comodidad se realice un tanto con el grupo multidisciplinario, el Juez y en su caso los abogados.

Para ello se debe contar con una herramienta adecuada que determine un enfoque multidisciplinario para posibilitar la observación y el respeto del interés superior.

El profesional que escucha a los niños debe estar capacitado para tener la mejor forma de abordaje, puede consultar a los funcionarios que observan, los puntos sobre los cuales ellos necesitan una mayor profundización.

La Cámara Gesell resultó novedosa en los Tribunales de Familia también por la experiencia de observar las conductas gestuales de los niños, no observables generalmente durante el curso de las audiencias.

### Cuadro comparativo del modelo de entrevista

En Sala de audiencia	En sala Gesell
Personas presentes en la audiencia: Magistrado/a Consejero/a técnico/a MP Secretario Función de los presentes en la audiencia: Varía de acuerdo a cada Juzgado de Familia Entrevistador/a: Magistrado/a y Consejero/a técnico/a Modelo de entrevista: Definida por cada entrevistador	Personas presentes en la audiencia: Sala A -Magistrado/a Curador Ad-Litem Funcionario de Acta / Sala B - Consejero/a técnico/a o Psicólogo Función de los presentes en la audiencia: Funciones definidas, Magistrado dirige la audiencia comunicándose con C.T a través de sonopronter. Entrevistador/a: Consejero/a técnico/a o Psicólogo Modelo de entrevista: Estructura determinada (4 fases)

Este instrumento técnico requiere dos despachos contiguos: A y B. En la medianera que los divide se coloca un vidrio espejado. Es conveniente colocar entre ambos recintos un aislante de sonidos. El despacho A deberá contener un micrófono, teléfono, computadora, mesa para ocho personas como mínimo y sillas. El despacho B deberá ser colorido, preferentemente con motivos infantiles, contener parlantes, filmadora, video grabadora y sillones. En el despacho B se realiza la escucha con los niños, mientras que en el despacho A se reúne el grupo de trabajo (Juez, Defensor de Menores, Cuerpo Profesional, Abogados). Los teléfonos existentes funcionan como intercomunicador entre A y B.

Los estándares mínimos que debe contener una sala especializada para la escucha de niños, posee un amplio consenso en términos de un ambiente

adecuado, tanto por su diseño, cantidad de personas presentes, minimización de las interrupciones y ambiente de intimidad, y la existencia de registro audiovisual.

De acuerdo al manual de abordaje al que haremos alusión posteriormente, éstos serían los estándares mínimos:

a) Diseño. La decoración y mobiliarios debe ser funcional, con el objeto de evitar distracción. Asimismo, el color se sugiere que sea neutral.

b) Cantidad de personas presentes. En este aspecto el manual de abordaje propone que la entrevista sea realizada con la mínima cantidad de personas posibles, para que conserve su característica de intimidad y reserva; lo cual no quiere decir que el niño pueda conocer la existencia de más oyentes.

c) Minimizar interrupciones y lograr ambiente de intimidad. Se considera necesario minimizar las interrupciones y lograr un ambiente de intimidad, para lo cual se requiere necesariamente que la sala de entrevista no se encuentre en un lugar donde se genere mucho ruido, o que posea elementos que aseguren un aislamiento del sonido con el exterior.

d) Registro audiovisual. Finalmente, el registro audiovisual tiene el objeto de contar con un respaldo de lo señalado por el niño, que impida que este eventualmente deba concurrir al Tribunal de Familia, y que permita contar con un registro fidedigno para otras instancias.

#### 4.3 La implementación y aplicación del Manual de Abordaje. Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia

El desarrollo de proyectos tales como la Sala Gesell ha promocionado, a su vez, que la administración de justicia; los organismos colaboradores entre otras instituciones profundicen en la reflexión respecto a la forma adecuada de aproximarse a la infancia, con tal de que los niños como sujetos de derechos puedan

ejercer adecuadamente su derecho a la participación en los temas que les incumben tanto en el ambiente judicial como en otras áreas de su desarrollo.

De esta forma, el derecho a ser escuchados además de favorecer la participación activa de los niños, así como su desarrollo progresivo, garantizando el acceso a la justicia, la labor del Poder Judicial es comprometerse a impulsar las iniciativas administrativas y legales que se requieran para una administración de justicia de calidad, que vele por los derechos de la infancia.

En ese contexto el Poder Judicial de la República de Chile, por ejemplo, con el objetivo de contribuir a mejorar el ejercicio del derecho de los niños a ser escuchados en los procesos judiciales, conformó un equipo de trabajo, integrado por especialistas de las distintas áreas involucradas y representantes de diferentes instituciones de infancia y familia para la elaboración de un Manual de abordaje, el cual contiene una serie de lineamientos, a la luz de los estándares internacionales, que debe tener dicho procedimiento ante los Tribunales de Familia.

La implementación de las Salas Gesell requieren de capacitación a los aplicadores para hacer uso de herramientas necesarias para su eficaz utilización, estos lineamientos se presentan en el manual de abordaje a modo de “buenas prácticas”, con el fin de orientar y asistir la actuación de los diferentes intervinientes y así apoyar sus esfuerzos por mejorar las condiciones y la calidad del abordaje que se les brinda a niños, niñas y adolescentes en el proceso judicial.

Sin embargo, estas pautas no deben ser entendidas como impuestas de manera homogénea y rígida, sino que deben ser adecuadas, con cierta flexibilidad, a la realidad de cada lugar, según la normativa legal vigente, los recursos disponibles y las condiciones socioculturales de los usuarios.

En ese contexto, si bien es cierto, conocer el marco nacional e internacional de los Derechos Humanos es fundamental para promover, proteger y dar cumplimiento a los derechos de la Infancia, y que la Convención de los Derechos del Niño y las normas locales consagran, entre otros derechos fundamentales, el de



ser oídos, plasmando su naturaleza jurídica como el ejercicio de un Derecho Humano, cierto es también que el objetivo de dicho derecho es conocer la opinión, la percepción, la posición y la emoción o sentimientos del niño, niña o adolescente sobre los asuntos en que se vean involucrados, lo cual en la práctica no se estaba logrando de una forma adecuada.

En ese sentido, el Manual de abordaje una vez analizada dicha normativa nacional e internacional, el desarrollo evolutivo de los niños, considera necesario que la entrevista desarrollada en los Tribunales de Familia, requerirá que quien la lleve a cabo considere los elementos especificados, con el objetivo de que esta sea, por un lado: eficaz, cumpliendo el ejercicio del derecho del niño, niña y adolescente a ser oído; como también permitir que este proceso no sea nocivo para el entrevistado, minimizando así los efectos negativos y/o factores de revictimización, a través de la utilización de principios rectores del buen trato y participación activa del niño, niña y adolescente.

Por ende, señala que, para el adecuado ejercicio del derecho a ser oídos de niños, niñas y adolescentes, es necesario considerar elementos referentes al tiempo, espacio físico y entrevistador.

Lo primero que se aborda es lo referente al tiempo de la entrevista, ya que la duración de una entrevista con niños, es un elemento que no puede ser estandarizado, por lo que dependerá de múltiples y numerosos factores, como su edad, nivel de desarrollo evolutivo alcanzado, situación por la que se encuentra en el proceso judicial, como también el estado emocional particular en que se encuentra.

Por ello es necesario considerar que la extensión de la entrevista sea acotada y acorde a las necesidades de quien es entrevistado, empero sin que se pongan en peligro los objetivos y eficacia de la misma.

De este modo, se propone como rangos de duración de la entrevista entre 20 a 45 minutos<sup>286</sup>, donde no más de los primeros 5 permitan una fase de encuadre y rapport, y los últimos 5 a 10 minutos correspondan a una instancia de cierre, mientras que el tiempo restante se utilice para la etapa central o desarrollo de la entrevista.

Resulta pertinente, entonces considerar el tiempo necesario cuando deban ser entrevistados más de un niño por una sola causa como, por ejemplo, ante la existencia de diferentes hermanos o entrevistados con algún nivel de parentesco. En estos casos, se sugiere que la entrevista a los niños se realice de manera individual, ya que de otro modo no permite establecer un ambiente de intimidad y confianza necesaria para que pueda ejercer su propio derecho a ser escuchado.

Otro elemento, necesario corresponde a la importancia de un tiempo y lugar de espera adecuado al momento en que el niño concurra al Tribunal de Familia, especialmente en consideración a que el niño se encuentre en un lugar acogido tanto de manera previa, como durante y posterior a la entrevista. Esto se debe a que la espera, en muchas situaciones se produce en un contexto altamente ansiógeno y en ocasiones explícitamente conflictivo, donde pudiese someterse al niño a presiones psicológicas directas o indirectas de los involucrados en la situación judicial, ya sean familiares, abogados u otros.

En la mayoría de los casos, la situación de tensión a la que se ve expuesta la familia, no pasa desapercibida por los niños, ante los cambios de actitud, corporalidad y comportamiento de sus figuras significativas. Por lo que es necesario considerar, que el niño puede inquietarse y por ende se encontrará más reactivo y/o reacio a separarse de sus padres, motivo por el cual una eventual sala de espera no puede encontrarse alejada de sus padres o figuras significativas y/o debe poseer la posibilidad de mantener contacto visual con estos.

---

<sup>286</sup> No obstante, esta propuesta se encuentra necesariamente sujeta, como se señaló precedentemente, a variaciones según la particularidad de cada caso, situación e idiosincrasia de cada niño, niña y adolescente.

Otro elemento indispensable corresponde al espacio físico donde se desarrolla la escucha de los niños, ya que éste requiere necesariamente que sea un ambiente adecuado, no sólo en términos del lugar físico donde se desarrolla, sino que también respecto del diseño, distribución, equipamiento técnico e infraestructura.

Estos elementos tienen por objeto que las dependencias de los Tribunales de Familia cuenten con lugares o salas confortables que aseguren la sensación de privacidad e intimidad, junto a la satisfacción de necesidades de los niños en relación a sentirse física y psicológicamente seguros durante los procesos de entrevista.

Lo anterior, es así, dado que las salas de audiencias que se encuentran dispuestas actualmente en los Tribunales de Familia no corresponden a un ambiente agradable y acogedor, muy por el contrario, corresponde a un lugar hostil, puesto que, si consideramos únicamente la distribución del mismo, resulta ser un ambiente con una asimetría de poder que impide las instancias de diálogo, configurándose como un contacto amenazante.

Ante la necesidad de contar con un espacio adecuado y bajo el fundamento de evitar o disminuir la revictimización es que se sugiere el uso de la herramienta de la Sala Gesell en los procesos judiciales evitando que los niños no sean escuchados en un ámbito no adecuado para su edad, siendo una herramienta eficaz.

4.4 ¿Cuál es el papel del juez de familia frente al derecho del niño a ser escuchado en los procedimientos que ante él se suscitan?

El rol del juez es uno de los más importantes al momento de implementar el artículo 12 como parte de la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Los Estados Partes que ratificaron la Convención están obligados a capacitar en derechos de la niñez a todo funcionario que tiene influencia en la política gubernamental y que implementa programas en problemáticas infantiles; lo anterior con la finalidad de que de esta forma se promueva conciencia sobre los derechos de la niñez y sobre la obligación de tomar en cuenta sus opiniones.

Como ya se puede observar, el rol de los jueces o cualquier otro funcionario es fundamental, pues tanto la Convención, como las leyes reglamentarias de cada País deja muchos espacios en el ejercicio del derecho del niño a ser escuchado a su discreción.

Por lo que la postura que tenga será esencial a la hora de escuchar al niño. Para los jueces escuchar a los niños es un mero requisito para proteger el interés superior del niño más no un derecho que es esencial para resolver conflictos jurídicos en beneficio del niño, en ese sentido si no lo escucha no generaría una transgresión a sus derechos.

El Juez debe darse el tiempo necesario, y ser capaz de interactuar con el niño en un plano de respeto y confianza, si es él quien lo escucha debe informar al niño acerca del lugar donde se encuentra, por qué está allí. Es importante que el juez entienda que escuchar al niño no es un principio a interpretar, no es un derecho procesal, sino que es un derecho y por lo tanto tiene la obligación de escucharlo, tomando las medidas tendientes a lograr tal expresión del niño.

Es en esas medidas en que la Convención y las propias leyes guardan silencio, los jueces lejos de crear un ambiente adecuado y respetar el derecho de los niños a ser escuchados están renuentes a escuchar a los niños, y si lo hacen ésta debe ser en las salas audiencias no apropiadas pero que implican menor tiempo, así la duración será mínima, por cuanto al derecho, el mismo es considerado como una oportunidad procesal, ahora bien los jueces no cuentan con alguna preparación especial para poder interactuar con los niños. Y finalmente al momento de resolver

la controversia familiar en la parte considerativa y resolutive no hacen alusión respecto a por qué la opinión que le fue expresada, ha sido o no considerada.

¿Qué implica para el juzgador este derecho de ser escuchado? Que debe tomar las medidas oportunas en el marco del procedimiento para facilitar la adecuada intervención del niño, es decir, que tenga la posibilidad efectiva de poder presentar sus opiniones de tal modo que puedan tener influencia en el contexto de la toma de decisión judicial que resuelva sobre su vida y sus derechos.

Como se ve, son variadas las aristas que el juez de familia debe tener en mente al momento de cumplir con su deber de escuchar a un niño. Su rol en el derecho del niño a ser escuchado es fundamental, pues no sólo deberá escuchar, sino que debe tener debidamente en cuenta su opinión al momento de resolver la controversia.

Realizada esta labor, en la parte considerativa de las sentencias, el juez tiene la obligación de reservar un considerando para argumentar:

- I) Que el niño fue escuchado (o no) y por qué.
- II)Cuál es la opinión del niño.
- III) Cómo ésta se pondera con la prueba rendida.

Así, se podrá restablecer el razonamiento del juez, evitando arbitrariedades al respecto, es en este sentido en el que comprendo la expresión tomar debidamente su opinión.

Como ya se ha mencionado anteriormente, si bien la opinión del niño no es vinculante para el juez, sí resulta un factor a considerar dentro del proceso.

Sólo de esta forma los Jueces pasan a ser garantizadores del derecho que tienen los niños a ser escuchados y a una participación eficaz en los procesos judiciales que los afecten.

#### 4.5 El rol del consejero técnico, pedagogo, psicólogo y curador *ad litem* en relación al derecho de los niños a ser escuchados

Un aspecto fundamental dentro de la escucha de los niños en los Tribunales de Familia consiste en el rol que tienen las personas encargadas de interactuar con el niño, los cuales las propias normas jurídicas en materia de familia han señalado que pueden ser un consejero técnico, un pedagogo, un psicólogo o un curador *ad litem*, como podemos observar en la práctica y en el tema anteriormente citado, los jueces sólo tienen la facultad de escuchar, ya que pueden estar muy bien formados y preparados y ser muy estudiosos en cuanto al derecho, pero el mundo es complejo y el conocimiento también, por lo que para interpretar las opiniones de los niños dentro de los procesos judiciales, es necesario que exista la intervención de personas especializadas, lo que nos exige adentrarnos a una realidad multidisciplinaria.

Tal como lo hemos referido éste grupo multidisciplinario debe tener una formación profesional, ya que es sumamente relevante para el proceso de la escucha, aunado a que debe contar con la experiencia y el entrenamiento específico que le brinde las estrategias y técnicas necesarias para obtener una opinión confiable, completa y válida a partir de la palabra del niño.

Descifrar la situación jurídica de la infancia constituye el eje en el quehacer tanto de los jueces, como lo observamos anteriormente, pero también de los profesionistas señalados por la ley.

Para conseguir lo anterior, además de su profesión, es imprescindible que el consejero técnico, el pedagogo, el psicólogo o bien el curador *ad litem*, sean capacitados, y que éstas capacitaciones sean constantes dada la complejidad de tratar asuntos de controversias familiares en la cual se encuentran involucrados los intereses de los niños, pues éstas merecen distinto tratamiento jurídico.

Este grupo de profesionales es sugerido por los ordenamientos jurídicos, tal como lo veremos a continuación, pero en ningún caso establecen la formación especializada que éstos deben tener, máxime que de ellos depende la construcción del concepto de niño que auxiliará al juez a determinar las características propias y justificar su madurez.

#### 4.5.1 Consejero Técnico

Los consejeros técnicos será los encargados de asesorar, individual o colectivamente, a los jueces en el análisis y mejor comprensión de los asuntos sometidos a su conocimiento, en el ámbito de su especialidad, específicamente en asesorar al juez para la adecuada comparecencia y declaración del niño.

Así, el Consejero Técnico, es parte de organismos auxiliares de la administración de justicia, compuestos por profesionales y su función consiste en asesorar a los jueces ya que, en el rol del juez para escuchar al niño, sus informes son útiles, en especial, para determinar la madurez del niño y la forma que su participación en el proceso pudiese afectarle; así como hacer saber al juez de la pertinencia de la opinión del niño para resolver el asunto que se conoce. Además, tiene un rol importante al momento de que, por las circunstancias del niño, éste no sea oído, y en tal caso sus informes y declaraciones servirá para conocer por su intermedio aquello que para el niño es más conveniente; en el mismo sentido, en caso de actuación representada, por medio de informes y declaración como medio de participación del niño.

Los consejeros técnicos tienen un alto nivel de formación, lo que en parte se explica por las exigencias legales para desempeñar el cargo, en temáticas de familia. No obstante, a pesar de contar con información especializada la práctica diaria los lleva enfrentarse con problemas diferentes por lo que la interacción con los niños varía caso a caso.

Si bien es cierto el perfil ideal de estos profesionales además de conocimientos especializados en temáticas de familia e infancia éstos deberían tener una gran vocación por el trabajo con niños.

#### 4.5.2 Pedagogo

Escuchar a los niños en la pedagogía podría resultar novedoso, lo anterior, desde el punto de vista de los procesos educativos, pero es parte de la nueva sociología de la niñez, donde ellos son vistos como sujetos activos, ciudadanos con derechos, poniendo énfasis en los niños como sujetos a ser escuchados y no objetos a ser estudiados.

Peter Moss<sup>287</sup> cree que no se trata solo de un asunto de respetar los derechos de los niños, ya que estos solo establecen la mínima base que justifica el escuchar. Este investigador considera además que escuchar a otros debiera formar parte de lo que hacemos siempre en nuestra vida, construyendo en conjunto una “cultura del escuchar”, que permita la creación de una sociedad más democrática y justa, ya que al escuchar podemos conocer, dar valor y aceptar las diferencias de los demás.

La idea de la pedagogía del escuchar consiste en entender el aprendizaje como un proceso a través del cual las personas van desarrollando teorías provisionales sobre cómo funciona el mundo, a partir de encuentros, de diálogos, comunicándose con otros. Las teorías necesitan ser expresadas y escuchadas para existir.<sup>288</sup>

Cuando el niño nace, nace con las capacidades para aprender, él no necesita preguntar ni tener el permiso de un adulto para comenzar a aprender, lo mismo debe pasar con la escucha, los niños son agentes activos que construyen el conocimiento, el compromiso y crean significados del mundo. El niño tiene una voz

---

<sup>287</sup> Moss Peter, *Infancia: educar de 0 a 6 años*, Revista de Psicología y educación: Educación, N° 26, España, 2015, pp. 6-11.

<sup>288</sup> *Ídem*



propia y es un actor social, que toma parte en la construcción y en la determinación de su vida.

Para Rinaldi, la escucha de los niños es fundamental ya que a través de la escucha los niños pueden expresar sus temores, pero también ellos nos dan el valor de encarar los nuestros, por y con ellos; para que su sabiduría nos dé confort, para que sus "por qué" orienten nuestra búsqueda por las razones y nos den la fuerza para encontrar respuestas no violentas, honestas y responsables; el coraje para el futuro y nos ayuden a encontrar una nueva manera de dialogar con ellos y con nosotros mismos.<sup>289</sup>

La tarea del pedagogo que escucha al niño en un proceso judicial no sólo es permitir que las diferencias puedan ser expresadas, sino hacer posible que ellos puedan negociar y nutrirse a través del intercambio y la comparación de ideas. Por ello no todos los pedagogos podrían intervenir en la escucha del niño en una controversia familiar, sino sólo aquel que esté capacitado para lograr la pedagogía de la escucha.

De esta manera, el pedagogo debe saber cómo observar, documentar e interpretar estos procesos, debe facilitar la comunicación y cambio de ideas; hacer conscientes a los niños de que su esfuerzo es apreciado.

#### 4.5.3 Psicólogo

En el caso de Chile los Consejeros Técnicos por lo general son Psicólogos, pero pocos cuentan con una especialidad.

Como lo comentamos con otros profesionistas, los psicólogos deben contar una especialidad en psicodiagnóstico e intervención infantil, lo anterior para contar

---

<sup>289</sup> Citado en Castro, Ana, Ezquerria, Pilar, Argos, Javier, *Procesos de escucha y participación de los Niños en el marco de la Educación Infantil: Una revisión de la Investigación*, España, Educación XXI, 2016, consultada en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70645811004>> ISSN 1139-613X

con las competencias profesionales para el desarrollo del proceso de evaluación, la determinación de un diagnóstico en problemáticas infantiles, habilidades de observación clínica y para el proceso de entrevista, aplicación e integración de psicometría, así como el reconocimiento y determinación de diversas estrategias de intervención para coadyuvar a que el niño logre adaptarse y comunicarse en el desarrollo de sus capacidades.

El trabajo con niños requiere de especial cuidado de parte de los profesionistas por la condición de vulnerabilidad en que éstos se encuentran, por lo que el Psicólogo debe estar profesionalmente preparado para entablar ésta relación de dialogo con el niño.

Los psicólogos utilizan un método de investigación basado en las teorías sobre el desarrollo infantil, logrando detectar el grado de madurez en el que se encuentra el niño para formarse un juicio propio.

Lo anterior a través del cognoscitivismo, escuela que estudia la psicología cognitiva, cognición se refiere al acto de pensar o conocer, se centra en la percepción, el pensamiento, el lenguaje, los sentimientos, aprendizaje, recuerdos, imágenes, las expectativas, la solución de problemas y la creatividad. Por lo tanto, estudia los procesos mentales.<sup>290</sup>

Así pues, los psicólogos cognoscitivos son fundamentales para garantizar la escucha de los niños, pero sobre todo que su opinión sea considerada, ya que sólo éste profesionista podrá determinar el desarrollo progresivo que el niño tiene, al poner un especial interés en las formas en que el niño percibe, interpreta, almacena y recupera información, procesamiento de información.

En relación a los conocimientos psicológicos, se sugiere que los profesionistas cuenten con el conocimiento de técnicas de entrevista para

---

<sup>290</sup> Mitterer, John O., Coon, Dennis, *Introducción a la Psicología: el acceso a la mente y la conducta*, 13 ed., México, Cengage Learning, 2015, p. 27.

establecer el rapport, asimismo considera importante tener conocimiento de intervención en crisis, así como conocimientos en la psicología clínica para complementar su colaboración profesional.<sup>291</sup>

#### 4.5.4 Curador *ad litem*

Curador *ad litem* corresponde a la figura reconocida en el artículo 19 de la Ley que crea los Tribunales de Familia (Ley 19.968) donde se señala que el curador *ad litem* es el abogado designado para la representación de la defensa, promoción y protección de los derechos de un niño, niña o adolescente, o de alguien que es incapaz de representarse legalmente a sí mismo, cuando el juez estime que sus intereses son contradictorios con los de a quien legalmente le corresponde su representación o ante la inexistencia de estos.

Esta norma establece en su artículo 19 que en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

Para lo cual el juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La figura del curador *ad litem* fue creada como mecanismo de recuperación de la voz de los niños, principalmente en casos de vulneración de derechos, pero no existe algún criterio establecido ni en la ley ni por los jueces para su designación.

---

<sup>291</sup> Arias Bacab, Marisol, Echeverría Echeverría, Rebelín, *Diseño de un protocolo para la preparación psicológica para menores, previo a una audiencia reservada en el Juzgado Familiar*, Revista Electrónica de psicología Iztacala, N°19, México, 2016, p. 1289.

En general, se trata de profesionales con vocación, pero por limitaciones institucionales y de tiempo puede que cumplan o no adecuadamente su rol.

La persona así designada será el curador *ad litem* del niño, y su representación se extenderá a todas las actuaciones judiciales.

En este orden de ideas, el curador *ad litem* se ha señalado que

Dado que la ley no entrega elementos claros acerca del modelo adoptado -si se trata de un guardián *ad litem* abogado o de un abogado del niño- existe un amplio margen de acción que permitiría explorar la aplicación de un modelo de defensa jurídica y de representación especial de los niños, en la línea del niño como actor procesal y, si vamos un poco más allá, no solo para casos en que exista incompatibilidad con los intereses de sus padres o representantes, sino que para todos aquellos en que el niño afectado tenga un interés individual que tutelar.<sup>292</sup>

Los curadores *ad litem* cuentan con formación especializada en temas de familia e infancia, y pueden pertenecer a la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, o a las clínicas jurídicas de las Universidades o bien a una ONG especializada en derechos de la infancia y adolescencia.

En corolario, todos los profesionistas éste grupo multidisciplinario que auxiliará al juez en el proceso de la escucha del niño, debe tener el conocimiento de técnicas de entrevista para establecer el rapport, herramienta que se adquiere a través de las capacitaciones, asimismo es fundamental que comprendan el uso del parafraseo que implica la repetición con palabras propias del mensaje del niño para dar a entender que se ha comprendido el mensaje verbal, recapitular para dar una síntesis de aquellos aspectos más relevantes de lo que se ha dicho.

---

<sup>292</sup> Cfr. Informe Final estudio “Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de Familia”, Chile, UDP-UNICEF, 2010, p. 135.

Es importante que éste grupo multidisciplinario independientemente de su formación tenga un trato respetuoso con el niño, tomar una postura que permita un dialogo, lo anterior para ganar la confianza del niño para expresar sus opiniones, ideas, pensamientos y sentimientos. El profesionalista debe contar en todo momento con una expresión relajada sin dejar de ser profesional.

Para lo anterior se pueden utilizar herramientas básicas como dibujos para explicar los derechos protegidos en la controversia familiar, o incluso animales como un perro, en el caso de Santiago, Chile, en el Tribunal Familiar todos los días por los pasillos del Tribunal a las 9:00am llega Rayen o su mamá Peseta, son perros labradores entrenados que tienen como principal tarea entregar apoyo emocional a los niños que tienen que ser escuchados, el niño mientras espera pasar a la Sala Gesell juega con Peseta, le coloca un refrescante de pelo, practica trucos y le da un premio, la cepilla, lo cual genera que se bajen los niveles de ansiedad de los niños para el momento en el que la psicóloga o el profesionalista los pasen a la sala Gesell, pero me tocó que en algunas ocasiones Rayen o Peseta entraran a la sala acompañando al niño.

#### 4.6 El rol del niño en el procedimiento de familia

La evolución de los derechos de los niños que aducimos en el primer capítulo, revela que el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual, desde la etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho, en la cual los intereses de los niños eran un asunto privado, hasta la etapa donde se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres.

No obstante, la evolución del derecho de la infancia si bien, avanzó en cuanto a su reconocimiento, en la actualidad es evidente que ha sido necesario limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, pues

tal parece que, con las leyes de protección de los derechos de los niños, éstos no se vieron lo suficientemente protegidos.

Tal es el caso del derecho del niño a ser escuchado, conforme al cual todo niño tiene derecho a expresar sus opiniones en los diferentes ámbitos de su vida y desarrollo, entre ellos el ámbito familiar, social, escolar y judicial; implica que su manifestación sea un importante factor que debe analizarse en el contexto de todos los demás antecedentes incorporados al proceso, a fin de que contribuya a que la decisión que se adopte en definitiva sea la más favorable y adecuada a su respecto.

Por demás, resulta indiscutible que los padres tienen derechos y obligaciones respecto a sus hijos, pero que ante la controversia que se pueda suscitar en el ejercicio de ellos ésta debe resolverse siempre teniendo como fin prioritario el interés superior del niño por explícito mandato legal.

En el mismo sentido, la Convención sobre los Derechos del Niño en su preámbulo establece que se reconoce que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad de un niño que éste debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión, que debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad, y que en aras de su bienestar, el cual por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal para su desarrollo integral y armonioso.

En las controversias familiares consistentes en guarda y custodia, así como el régimen de visitas, el Juzgador es quien toma la decisión, bajo el principio del interés superior, con cuál de los progenitores resulta conveniente y adecuado radicar su cuidado directo y personal, no obstante, de que no se conociera o no resultara relevante la situación actual del niño involucrado.

Entonces el rol del niño es fundamental en los procedimientos judiciales que le afecten, y debe ser escuchado, sí porque la Convención obliga a los Estados

Partes a respetar éste derecho, pero, además por la razón más importante: cuando un niño ejerce su derecho a ser escuchado, lo que se materializa en la audiencia no sólo es la escucha de sus relatos, sino que permite apreciar su expresión corporal y gestual, sus emociones, su forma de pensar, como apreciar su vida y su convivencia con sus padres, lo cual a veces puede resultar más decisivo que las propias palabras, lo cual debe ir unido a la experiencia profesional que debe poseer la persona encargada de llevar a cabo la escucha, con la finalidad de que lo que se apreció sirva al juez para tomar la decisión adecuada.

Si algo no debemos olvidar es que los derechos de los niños son derechos humanos; la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad.

Pero con los niños es posible observar que no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, lo anterior, por circunstancias particulares o sociales que dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Lo que los Estados Partes no han comprendido es que, si bien es cierto, la Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas, así como el respeto y protección de sus derechos, en estricto apego deben comprender el sentido y alcance del derecho del niño a ser escuchado.

Máxime que la Convención no sólo debe ser considerada meramente una reafirmación de los derechos del niño, sino como fuente de derechos propios de los niños, y como un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños en relación con sus padres y el Estado, y sus derechos y deberes recíprocos.

Cillero Bruñol comenta que:

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicos.<sup>293</sup>

La invisibilidad del rol del niño en las controversias de familia, ha ocasionado que los derechos de los niños siempre sean inferiores a los derechos y deseos de los padres, olvidándose los jueces que los niños requieren de estabilidad en todo ámbito, familiar, emocional, afectiva, social y educacional para el goce efectivo de sus derechos, entre ellos, el desarrollo físico y psíquico óptimo como personas.

Si los juzgadores cambiaran la perspectiva del derecho del niño a ser escuchado y lo interpretaran desde el enfoque de los derechos humanos, esto sin duda permitiría organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de los niños y su participación en la sociedad.

Los Estados Partes deben involucrar activamente a la niñez, los procesos judiciales deben jugar un rol activo en identificar aspectos de los derechos humanos que necesitan más atención, como lo es el derecho a ser escuchados.

Al respecto la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación establece en una tesis aislada lo siguiente:

INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR. EL DERECHO A EXPRESAR SU OPINIÓN EN UN PROCESO JURISDICCIONAL DEBE RESPETARSE, INCLUSIVE EN TEMAS EN LOS QUE AÚN NO ESTÉ PREPARADO PARA MANIFESTARSE.

---

<sup>293</sup> Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, Revista de Justicia y Derechos del Niño, N° 9, Chile, UNICEF, 2007, p. 128.



De los artículos 4o., párrafo noveno, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, deriva la obligación del Estado de velar por el principio del interés superior del menor, garantizando de forma plena su derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que puedan afectarle y que aluden a determinaciones de su ámbito cotidiano. En ese sentido, incluso en aquellos temas en los que el menor aún no esté preparado para manifestarse, ya sea por su falta de madurez o desconocimiento pleno de la información respecto de las ventajas o desventajas de la situación, debe respetarse el derecho a expresar su opinión en un proceso jurisdiccional, pero siempre teniendo en cuenta que el ejercicio de ese derecho está supeditado a su situación particular, así como al análisis del caso concreto en el cual se cuestione en los términos y parámetros en que debe escucharse a los menores involucrados, pues lo que se pretende es prevenir que enfrenten situaciones que les inquieten o perturben su sano desarrollo, y sobre las cuales no sepan aún externar una opinión madura que pueda considerarse lo suficientemente válida para decidir algún aspecto que les afecte, asumiendo que a medida que el niño o la niña madura, sus opiniones deberán tener cada vez más peso en la evaluación de su interés superior.<sup>294</sup>

El derecho de la niñez a ser escuchada en procesos judiciales y administrativos se aplica, sin excepciones, a todo escenario relevante, incluyendo a niños separados de sus madres o padres, a los casos de custodia y adopción, a niñas o niños en conflicto con la ley, a la niñez víctima de violencia física, abuso sexual u otros crímenes violentos, a niños que buscan asilo y refugio y a la niñez que ha sido víctima de conflicto armado y está en situaciones de emergencia.

El rol de los niños consiste en que todo aquel involucrado en procedimientos judiciales y administrativos debe ser informado, de manera que le sea fácil de entender, de su derecho a ser escuchado, de las modalidades en que será escuchado y de otros aspectos del procedimiento.

---

<sup>294</sup> Tesis: 1a. CVIII/2015, Época: Décima Época, Registro: 2008640, Instancia: Primera Sala, Tipo de Tesis: Aislada, Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 16, Marzo de 2015, Tomo II, Materia(s): Constitucional, Página: 1099.

Asimismo, la edad no debe ser una barrera para que el niño ejerza su derecho a participar plenamente en el proceso judicial. Sin embargo, tal y como lo hemos observado en los casos en que los Estados Partes han establecido una edad mínima al derecho del niño a ser escuchado, deben tomarse medidas para asegurar que trabajadores sociales u otros profesionales tomen en cuenta el punto de vista del niño según su grado de madurez, de conformidad a la autonomía y desarrollo progresivo.

En ese orden de ideas, la escucha del niño, no es un recurso dialéctico, un gesto compasivo o un mero adorno legal, sino que su protagonismo activo durante el procedimiento está directamente relacionado con la precisión por parte del juez de qué es lo mejor para él o ella.

Consideramos que la baja participación de los niños y la nula voz que es visible puede explicarse, entre otras razones, por la naturaleza de las materias que les dieron origen, lo que sucede principalmente en casos de relación directa y regular, cuidado personal y algunos de violencia intrafamiliar. En otras palabras, el niño no es considerado como protagonista, sino como uno entre varios otros elementos que componen el litigio de los adultos y sólo son mencionados como un dato más en la controversia.

El concepto y rol de la infancia depende mucho de la construcción social, política y cultural que cada sociedad presenta en determinado tiempo y lugar.

4.7 ¿Cómo funcionan los tribunales de familia en cuanto al procedimiento de la escucha de los niños?

El ordenamiento jurídico de los países que ratifican la Convención carecen de estipular en su normativa las condiciones bajo las cuales se debe llevar a cabo la escucha de los niños, incluso en la mayoría de los casos se ha llegado a pensar

que escuchar al niño o no en nada cambiaría el sentido de la sentencia por lo que se puede optar por no escucharlo.

Sin embargo, ésta facultad de decisión no es de las instituciones judiciales, sino que es facultad del niño decidir si quiere o no ser escuchado, pero aquí se comete otro error, ya que si el niño llega a ser escuchado se hace caso omiso de lo manifestado por el niño en los autos.

Los Tribunales de Familia entonces consideran que velar por el interés superior significa decidir por el niño si es escuchado, máxime que supone que la facultad del niño de ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta es un mero principio, es decir, una disposición programática, que si bien, debe entenderse como parte del derecho aplicable, corresponde más bien un fundamento inspirador, es una simple orientación valórica.

Coligiéndose que no obstante que el niño haya sido escuchado se le puede restar mérito a su declaración, pero además sin indicar motivos jurídicos, argumentativos o científicos para ello.

La Observación General número 14, subraya que el término “tribunales” alude a todos los procedimientos judiciales, de cualquier instancia, ya estén integrados por jueces profesionales o personas que no lo sea, y todas las actuaciones conexas relacionadas con niños, sin restricción alguna.<sup>295</sup> Agregando que:

En la vía civil, el niño puede defender sus intereses directamente o por medio de un representante, como en el caso de la paternidad, los malos tratos o el abandono de niños, la reunión de la familia y la acogida. El niño puede verse afectado por el juicio, por ejemplo, en los procedimientos de adopción o divorcio, las decisiones relativas a la custodia, la residencia, las visitas u otras cuestiones con repercusiones importantes en la vida y el desarrollo del niño, así como en los procesos por malos tratos o abandono de niños. Los tribunales deben velar por

---

<sup>295</sup> Observación general 14/2013, p. 8.

que el interés superior del niño se tenga en cuenta en todas las situaciones y decisiones, de procedimiento o sustantivas, y han de demostrar que así lo han hecho efectivamente.<sup>296</sup>

La función que puede tener la niñez es la promoción activa que realicen por un cambio en la legislación, y contribuir en mucho a promover la ratificación de los instrumentos internacionales de los derechos humanos.

#### 4.7.1 Contradicción de Tesis 256/2014 Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. México

Para comprender el rol de los niños en las controversias familiares y la función de los tribunales de familia en cuanto a la protección y garantía del derecho del niño a ser escuchado, analizaremos una contradicción de tesis resuelta por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación la cual el rol del niño dependerá de la competencia, es decir, depende de la edad, lo analizaremos para comprender la importancia de que el rol de la niñez debe depender no de la edad biológica sino de especialmente de la madurez, el entendimiento, las condiciones de su desarrollo, el medio socioeconómico y cultural, así como el conflicto específico de que se trate. Comprendiendo que la competencia se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona.

El artículo 107, fracción XIII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, considera la competencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para conocer de las denuncias de contradicción de tesis, así mismo dicha competencia se colige de la interpretación de la tesis aislada P. I/2012 (10a.), sustentada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, con el rubro: "CONTRADICCIÓN DE TESIS ENTRE TRIBUNALES COLEGIADOS DE DIFERENTE CIRCUITO. CORRESPONDE CONOCER DE ELLAS A LA SUPREMA

---

<sup>296</sup> *Ídem*

CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN (INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 107, FRACCIÓN XIII, PÁRRAFO SEGUNDO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, REFORMADO MEDIANTE DECRETO PUBLICADO EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 6 DE JUNIO DE 2011)",<sup>297</sup> así como en los artículos 226, fracción II, de la Ley de Amparo vigente a partir del tres de abril de dos mil trece y 21, fracción VIII, de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, en relación con los puntos segundo, fracción VII y tercero del Acuerdo Plenario 5/2013, publicado en el Diario Oficial de la Federación el veintiuno de mayo de dos mil trece.

Este tipo de asuntos de Contradicción de tesis, se dan cuando las Salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación o bien Tribunales Colegiados de distinto Circuito, adoptan en sus sentencias criterios diferentes sobre un mismo punto de derecho, independientemente de que los hechos no sean exactamente iguales, en el caso concreto la Contradicción de tesis 256/2014, fue suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en materias civil y de trabajo del Décimo Séptimo Circuito y el Primer Tribunal Colegiado de circuito del centro auxiliar de la Décima región, al ser el tema de fondo en materia civil, corresponde a la especialidad de la Primera Sala de la SCJN.

Esta contradicción de tesis se denuncia en agosto del 2004 por el apoderado legal de algunas de las partes que intervinieron en esos asuntos y el punto jurídico a dilucidar en esta Contradicción de tesis consiste básicamente en determinar lo siguiente: si el derecho de los menores de edad a participar en procedimientos que les afectan está sujeto a una valoración del propio juez o bien si ésta constituye alguna regla invariable, obligatoria en cualquier juicio, y en su caso determinar si a la valoración de la conveniencia de escuchar a estos niños depende de la edad biológica del niño.

---

<sup>297</sup> Tesis aislada, publicada en la página 9, del Libro VI, marzo de 2012, tomo 1, Décima Época, del Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

Estos asuntos tuvieron su origen en juicios civiles en los cuales se afectaba la esfera jurídica de los niños y en donde los dos tribunales llegan a conclusiones diferentes respecto al alcance del derecho de los niños a participar en estos procedimientos.

El Primer Tribunal Colegiado en Materias Civil y de Trabajo del Décimo Séptimo Circuito (Chihuahua), se trata de un divorcio contencioso donde la madre de una niña de 5 años demanda del padre de ésta entre diversos aspectos la guarda y custodia, así como una pensión alimenticia, el padre de la niña reconviene un régimen de convivencias con su hija.

En su momento el juez de primera instancia que conoce del asunto declara disuelto el vínculo matrimonial, otorga la guarda y custodia a la madre de la niña, fijando una pensión alimenticia y decreta también éste régimen de convivencias; la madre de la niña no está de acuerdo con la manera en que resuelve éste Juez de primera instancia entonces apela ésta resolución y la Sala responsable que conoce de este recurso ordena que se reponga el procedimiento para un aspecto muy importante, para que el Juez de Primera Instancia repare una omisión que tuvo en el juicio, que consistió en que no se desahogó la comparecencia de la niña de 5 años.

En contra de ésta determinación la madre promueve un juicio de amparo indirecto en donde realiza diversas argumentaciones y entre ellas que las partes no tenían ningún descuerdo en cuanto a la guarda y custodia de la niña, ni sobre los derechos de convivencia del padre con la niña por lo que no era necesario que la niña compareciera al juicio.

El Juez de Distrito en su momento le concede el amparo a la quejosa para el efecto de que la Sala responsable que había determinado que la niña debía participar en el procedimiento fundara y motivara las razones por las cuales estimó que era necesario entrevistar a esa niña en el juicio, y dieras las razones por las

cuales las pruebas aportadas no eran suficientes para que esta sentencia tuviera esta consecuencia de proteger el interés superior de la niña.

En contra de esta resolución la madre de la niña interpone un recurso de revisión que llega al conocimiento de un Tribunal Colegiado, quien le niega a la madre el amparo solicitado por las siguientes razones:

El Tribunal Colegiado puntualizó que la comparecencia de la niña, además de ser necesaria para la determinación de la guarda y custodia, es obligatoria en todo procedimiento judicial; sin que en la especie hubiera acontecido de la manera debida, pues aun cuando la niña compareció al juicio natural en algún momento, ello fue con el único objetivo de manifestar que en esa época vivía con su mamá, sin que se le hubiera dado la intervención legal que le correspondía.<sup>298</sup>

Para esto, el Tribunal colegiado hace alusión a diversos instrumentos internacionales entre ellos el artículo 13 de la Convención sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, para sostener que la opinión del menor respecto a la cuestión esencial de su retorno puede ser decisiva si –en opinión de las autoridades competentes– ha alcanzado una edad y madurez suficientes. Citó los artículos 4º de la constitución federal; 3, 4, 7, 38, 39, 40 y 41 de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes; 17 y 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; 3, 4, 9 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. De dichos numerales, el tribunal federal destacó la relevancia del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ser el que prevé el derecho del niño a ser escuchado.<sup>299</sup>

---

<sup>298</sup> Contradicción de Tesis 256/2014 consultada en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=168999>

<sup>299</sup> Artículo 12

1. Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño.

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio

En relación a este derecho, el Tribunal Colegiado retomó la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas, ya analizado anteriormente.

Alertando que el Estado debe asegurarse que los niños reciban toda la información y el asesoramiento necesarios para tomar una decisión que favorezca su interés superior. Asimismo, aludió a la Opinión Consultiva 17/2002 emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para referirse al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas y a la igualdad de todas las personas en el derecho a ser oídas públicamente por un tribunal competente, precisando que tal disposición aplica tanto a tribunales ordinarios como especiales y que los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos.

En relación a la acepción "que esté en condiciones de formarse un juicio propio", el tribunal de amparo consideró que *no debe ser interpretada de manera limitativa en perjuicio de los menores, sino como una obligación a cargo del Estado*,<sup>300</sup> quien por conducto de los órganos habilitados para ello debe evaluar la capacidad del menor de formarse una opinión autónoma en la mayor medida posible. Aludiendo:

Esto es, los órganos estatales no deben ni pueden partir de la premisa de que un menor es incapaz de manifestar sus propias opiniones sino, por el contrario, debe partirse de que sí la tienen.<sup>301</sup>

El Tribunal agregó que el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño no impone límite alguno de edad al derecho del menor de expresar su

---

de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

<sup>300</sup> Contradicción de Tesis 256/2014, *op. cit.*

<sup>301</sup> *Ídem*



opinión y ha desaconsejado a los Estados partes que introduzcan –por ley o en la práctica– límites de edad que restrinjan este derecho.<sup>302</sup>

Para el órgano de amparo, el término "el derecho de expresar su opinión libremente" debe entenderse como la ausencia de presión hacia el menor al emitir la opinión, así como la facultad de elegir si desea o no hacer uso de su derecho.<sup>303</sup>

De igual manera, respecto a la acepción "teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño", el tribunal colegiado estimó que ésta hace alusión a la capacidad del menor, que debe ser debidamente evaluada por los órganos del Estado, sin que la edad del niño o niña en sí misma determine la trascendencia de sus opiniones.

En ese contexto el Tribunal Colegiado concluye que es obligación del juzgador hacer del conocimiento de los niños relacionados con un procedimiento judicial, relativo a su guarda y custodia, con la información necesaria sobre el tema, su derecho a expresar libremente sus opiniones respecto del asunto, pues solamente de esa manera se satisfacen correctamente los lineamientos que se prevén a nivel internacional y se cumplen los compromisos adquiridos por el Estado Mexicano.

Lo cual no había acontecido en el caso al considerar que la niña no había sido informada de su derecho a emitir su opinión respecto a la guarda y custodia que se ventilaba en el juicio natural en relación con su persona, pues no existía constancia alguna de la que se desprendiera que el juez responsable informó a la niña sobre su derecho de participación en el procedimiento judicial respectivo ni que hubiera comparecido ante la autoridad responsable con la finalidad de externar su decisión respecto al disfrute del derecho cuestionado por sus progenitores, pero además que hace notar que debía imponerse para el ejercicio de éste derecho un límite en razón de la edad. De tal manera que dicho juzgador omitió garantizar el

---

<sup>302</sup> *Ídem*

<sup>303</sup> *Ídem*

derecho de participación de la niña involucrada en el procedimiento judicial, lo que se tradujo en la violación al artículo 4º constitucional en perjuicio de la niña.

Como apoyo, el tribunal federal refirió la jurisprudencia de rubro: "MENORES DE EDAD. EL JUEZ ESTÁ OBLIGADO, AUN DE OFICIO, A ESCUCHARLOS EN CUALQUIER JUICIO DONDE TENGA QUE RESOLVERSE SOBRE LA PATRIA POTESTAD, GUARDA Y CUSTODIA, ASÍ COMO AL MINISTERIO PÚBLICO DE LA ADSCRIPCIÓN, TENIENDO EN CUENTA LA FACULTAD QUE TIENE DE VALERSE DE CUALQUIER MEDIO A FIN DE SALVAGUARDAR EL INTERÉS SUPERIOR DE AQUÉLLOS (LEGISLACIÓN DEL ESTADO DE VERACRUZ)".<sup>304</sup>

El Tribunal Colegiado de Chihuahua determina que el juzgador debe tomar todas aquellas medidas necesarias para informar a los niños que deban participar en alguno juicio de que se trata y de esa manera en esas condiciones verificar si los niños desean o no manifestar su opinión en aras de respetar ese derecho a ser escuchados, ya que su comparecencia además de ser necesaria es obligatoria.

Por su parte, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Décima Región –en auxilio al Primer Tribunal Colegiado en Materia Civil del

---

<sup>304</sup> Jurisprudencia VII.2o.C. J/15 del Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Séptimo Circuito, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo XVIII, agosto de 2003, materia civil, de la Novena Época, página 1582, registro 183500, que dice: "De la interpretación conjunta y sistemática de los artículos 157 y 345 del código sustantivo civil para el Estado de Veracruz, 225 y 226 del ordenamiento procesal respectivo, debe entenderse que en todos aquellos juicios civiles donde tenga que resolverse sobre la patria potestad, guarda y custodia de menores de edad, sin importar la acción intentada, el juzgador, aun de oficio, debe escucharlos, a fin de evitar conductas de violencia familiar y normar correctamente su criterio sobre la situación que guardan con sus progenitores, así como al Ministerio Público de la adscripción ante el desacuerdo de los cónyuges sobre ese tenor, teniendo en consideración, además, la facultad de poder valerse de cualquier persona, sea parte o tercero, cosa o documento conducente al conocimiento de la verdad, como podría ser, a guisa de ejemplo, la investigación de trabajadores sociales, análisis psicológicos en relación no sólo con el menor sino también con los padres, apoyándose para ello en instituciones como el Desarrollo Integral para la Familia (DIF) o los servicios de salud pública, sin importar que el artículo 157 del código sustantivo civil, sólo refiera a los asuntos de divorcio, pues en el caso opera el principio jurídico de que donde impera la misma razón debe aplicarse la misma disposición, todo con el fin de salvaguardar el interés superior de los menores."

Cuarto Circuito (Nuevo León), deriva de un juicio civil, donde el padre un niño demanda de la madre la convivencia y posesión interina del niño.

En consecuencia, el juez de primera instancia que conoce del asunto determina la manera en que debe de efectuarse este régimen de convivencia entre el niño y su padre y después lo modifica, inconforme con esto la madre del niño promueve un juicio de amparo indirecto argumentando, esencialmente, que el cambio de régimen de convivencia implicó una violación al procedimiento, ya que esa determinación debió realizarse vía incidental, a fin de respetarse la naturaleza contradictoria del juicio.

En su momento, el juez de distrito que conoce del amparo, le concede un amparo para efectos, no obstante, la madre del niño tampoco está de acuerdo e interpone un juicio de revisión el cual llega al conocimiento de un Tribunal colegiado de circuito.

Este colegiado lo que señala es que este régimen de convivencias efectivamente debió haberse realizado en vía incidental a fin de que se escuchara a las partes involucradas y analizarse todas las pruebas que en su caso se ofrecieran, e incluso oír la opinión del niño si esto fuera procedente, y para ello señala que debió haberse tomado en cuenta las particularidades del niño como es su edad, esto a fin de que no se le pudiera causar en su momento algún daño.

Para esto, éste Tribunal Colegiado destacó el conjunto de principios y valores que informan al derecho familiar y señaló que el sistema jurídico mexicano establece diversas prerrogativas de orden personal y social en favor de los menores. Además, citó el contenido del artículo 4º de la Constitución Federal, así como el preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño y los derechos en ella previstos, con especial énfasis en sus artículos 3, 9, 12, 19, 20, 21 y 27.

Se refirió al interés superior del menor, indicando que todas las políticas, acciones y toma de decisiones tienen que realizarse de modo tal que se busque el

beneficio directo del niño o niña a quien van dirigidas. Así, definió al interés superior de la niñez como:

...el catálogo de valores, principios, interpretaciones, acciones y procesos dirigidos a forjar un desarrollo humano integral y una vida digna, así como generar las condiciones materiales que permitan a los niños vivir plenamente y alcanzar el máximo de bienestar personal, familiar y social posible, entre los que destacó el derecho de los niños a que en cualquier procedimiento tengan la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones; ello a fin de respetar el derecho del menor que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ellos de modo regular, salvo si es contrario a su interés superior.<sup>305</sup>

El Tribunal Colegiado manifestó que era necesario ejercer el control de convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, específicamente con relación al derecho de los niños a dar su opinión y que ésta sea tomada en cuenta en todos los asuntos que les afecten, incluidos los de carácter judicial y administrativo, citando lo señalado por la Observación General No. 12 del Comité de los Derechos del Niño de la Organización de las Naciones Unidas.

Al respecto sostuvo que:

[...] no corresponde al niño probar que tiene esa capacidad, por lo que no debe limitarse la edad de los niños como regla para ser escuchados. Tampoco es necesario –adujo– que el menor deba tener necesariamente un conocimiento exhaustivo de todos los aspectos del asunto que lo afectan, sino una comprensión suficiente para ser capaz de formarse adecuadamente un juicio propio sobre el asunto.

Afirmó el Tribunal que este derecho del niño a expresar su opinión libremente debía salvaguardarse en el sentido de que el menor en cuestión no fuera manipulado ni presionado, sostuvo que:

---

<sup>305</sup> Contradicción de Tesis 256/2014, *op. cit.*

...sus opiniones fueran tomadas en cuenta en función de su edad y madurez, para lo que debía tenerse en cuenta que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica, aunque sí a la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo.

Sin embargo, el Tribunal Colegiado de Nuevo León lo que hace es una interpretación al artículo 418 de su Código Civil del Estado de Nuevo León que a la letra dice:

Artículo 418. En todos los casos en que se requiera la intervención judicial para decidir sobre la patria potestad, la custodia y la convivencia de los menores sujetos a ellas, deberá oírseles si han cumplido doce años; y se resolverá lo que sea más conveniente a su bienestar. Lo mismo se observará en los asuntos relativos a la formación y educación de los menores.

Nota: lo resaltado es propio.

Coligiendo el propio Tribunal que no debe interpretarse como restrictiva del derecho de los menores a ser escuchados en tales procedimientos, sino más bien en el sentido de que determina a partir de qué edad es una obligación para el juzgador oírlos sin excusa alguna.

Lo que implica que no prevé prohibición alguna para que antes de esa edad los menores puedan ser escuchados en un juicio en que se diriman temas como la patria potestad, la custodia y la convivencia, ya sea de forma personal o mediante un representante especial, porque en ese aspecto la norma es amplia.

En este sentido, éste Tribunal señala que el artículo en comento tiene el alcance de imponer al juzgador esta obligación de escuchar a los niños a partir de éstos hayan cumplido 12 años, pero lo que señala es que respecto a los niños que tengan menos de 12 años si bien tienen derecho a ser escuchados el juzgador es el que determinará con base en todas las pruebas que existan en el procedimiento si esta participación de los niños es acorde a su interés superior.

Es decir, lo que sostiene es que la obligación de escuchar a los niños impone al juzgador establecer cuando es procedente que se escuche a los niños que tengan menos de 12 años.

Asegurando que para ello se deberá realizar un juicio de ponderación, que no es otra cosa que delimitar pesos y contrapesos para establecer cuándo se está ante el interés superior de la niñez como un derecho fundamental. Porque este interés podría encontrarse en colisión de forma tal de que su intervención en un juicio lejos de ser un beneficio podría afectarle en demasía

Pues bien, estos son los dos criterios que llegan en contradicción de tesis a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, mismo que es turnado a la Primera Sala concretamente a la ponencia del Ministro José Ramón Cossío Díaz.

A la Primera Sala le corresponde determinar cuál es el contenido y alcances del derecho de los niños a ser escuchados en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica.

Para lo cual toma como base el derecho de los niños a participar en los procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica que se encuentra expresamente regulado en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño e implícitamente recogido en el artículo 4° constitucional. Además, esta Primera Sala observa que el artículo 41, apartado A, de la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes reitera el derecho ya reconocido en el tratado internacional.

En este sentido, sostiene que el derecho que se analiza reviste una doble finalidad, puesto que logra el efectivo ejercicio de los derechos de los niños al reconocerlos plenamente como sujetos de derecho, a la vez que permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesita para forjar su convicción

respecto a determinado asunto, lo que a su vez resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia.<sup>306</sup>

No debe quedar duda alguna, entonces, del mandato de protección de la infancia, cuestión que no está sujeta a la voluntad de persona alguna, ni siquiera aquella de las personas involucradas en un procedimiento. Bajo esa perspectiva, el juez no puede dejar a la intención o ánimo de las partes, ni mucho menos a la capacidad de los abogados postulantes, la correcta iniciación o substanciación de un procedimiento jurisdiccional requerido para garantizar los derechos de las personas menores de dieciocho años. En este sentido, es obligación del juzgador tomar todas las medidas oportunas en el marco del procedimiento para facilitar la adecuada intervención del menor de edad.

El Comité de los Derechos del Niño ha sido enfático al señalar que los Estados partes deben garantizar el derecho a ser escuchado a todo niño *que esté en condiciones de formarse un juicio propio*. Estos términos no deben verse como una limitación, sino como una obligación para los Estados partes de evaluar la capacidad del niño de formarse una opinión autónoma en la mayor medida de lo posible. Eso significa que no puede partirse de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones. Al contrario, los Estados partes deben dar por supuesto que el niño tiene capacidades para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho de expresarlas, de forma que no corresponde al niño probar primero que tiene esa capacidad.<sup>307</sup>

En este sentido, el punto de partida de todo operador jurídico, y en particular del juzgador, debe ser posibilitar el ejercicio del derecho de los niños a ser escuchados. Sin embargo, su participación no constituye una regla irrestricta en todo procedimiento jurisdiccional, pues asumir tal rigidez implicaría dejar de lado las

---

<sup>306</sup> Véase el Amparo directo 30/2008, foja 78.

<sup>307</sup> Comité de los Derechos del Niño, Observación General No. 12, El derecho del niño a ser escuchado, párrafos 19 y 20.

condiciones específicas que rodean a los niños en casos particulares, lo que podría ir en detrimento de su propio interés superior.

La premisa para el juzgador, se insiste, debe ser procurar el mayor acceso del niño al examen de su propio caso, para lo anterior señala la Primera Sala debe considerar lo siguiente:

#### Tesis jurisprudencial

DERECHO DE LOS MENORES DE EDAD A PARTICIPAR EN LOS PROCEDIMIENTOS JURISDICCIONALES QUE AFECTEN SU ESFERA JURÍDICA. LINEAMIENTOS PARA SU EJERCICIO.

Las niñas y los niños, como titulares de derechos humanos, ejercen sus derechos progresivamente, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía, lo que se denomina "adquisición progresiva de la autonomía de los niños", lo cual conlleva que actúen durante su primera infancia por conducto de otras personas - idealmente, de sus familiares-. Así, el derecho de las niñas y los niños a participar en procedimientos jurisdiccionales que puedan afectar su esfera jurídica se ejerce, también, progresivamente, sin que su ejercicio dependa de una edad que pueda predeterminarse en una regla fija, incluso de índole legal, ni aplicarse en forma generalizada a todos los menores de edad, sino que el grado de autonomía debe analizarse en cada caso. Ahora bien, la participación de los niños en procedimientos jurisdiccionales reviste una doble finalidad, pues, al reconocerlos como sujetos de derecho, logra el efectivo ejercicio de sus derechos y, a la vez, se permite que el juzgador se allegue de todos los elementos que necesite para forjar su convicción respecto de un determinado asunto, lo que resulta fundamental para una debida tutela del interés superior de la infancia. En este sentido, los lineamientos que deben observarse para la participación de niñas y niños dentro de cualquier procedimiento jurisdiccional que pueda afectar su esfera jurídica son: (1) para la admisión de la prueba debe considerarse que: (a) la edad biológica de los niños no es el criterio determinante para llegar a una decisión respecto a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional, sino su madurez, es decir, su capacidad de comprender el asunto, sus consecuencias y de formarse un juicio o criterio propio; (b) debe evitarse la práctica desconsiderada del ejercicio de este



derecho; y, (c) debe evitarse entrevistar a los niños en más ocasiones de las necesarias; (2) para preparar la entrevista en la que participarán, se requiere que sean informados en un lenguaje accesible y amigable sobre el procedimiento y su derecho a participar, y que se garantice que su participación es voluntaria; (3) para el desahogo de la prueba, la declaración o testimonio del niño debe llevarse a cabo en una diligencia seguida en forma de entrevista o conversación, la cual debe cumplir con los siguientes requisitos: (a) es conveniente que previamente a la entrevista el juzgador se reúna con un especialista en temas de niñez, ya sea psiquiatra o psicólogo, para aclarar los términos de lo que se pretende conversar con el niño, para que a éste le resulte más sencillo de comprender y continuar la conversación; (b) la entrevista debe desarrollarse, en la medida de lo posible, en un lugar que no represente un ambiente hostil para los intereses del niño, esto es, donde pueda sentirse respetado y seguro para expresar libremente sus opiniones; (c) además de estar presentes el juzgador o funcionario que tome la decisión, durante la diligencia deben comparecer el especialista en temas de niñez que se haya reunido con el juzgador y, siempre que el niño lo solicite o se estime conveniente para proteger su superior interés, una persona de su confianza, siempre que ello no genere un conflicto de intereses; (d) en la medida de lo posible, debe registrarse la declaración o testimonio de las niñas y niños íntegramente, ya sea mediante la transcripción de toda la diligencia o con los medios tecnológicos al alcance del juzgado o tribunal que permitan el registro del audio; (4) los niños deben intervenir directamente en las entrevistas, sin que ello implique que no puedan tener representación durante el juicio, la cual recaerá en quienes legalmente estén llamados a ejercerla, salvo que se genere un conflicto de intereses, en cuyo caso debe analizarse la necesidad de nombrar un tutor interino; y (5) debe consultarse a los niños sobre la confidencialidad de sus declaraciones, aunque la decisión final sea del juzgador, para evitarles algún conflicto que pueda afectar su salud mental o, en general, su bienestar. Finalmente, es importante enfatizar que en cada una de estas medidas siempre debe tenerse en cuenta el interés superior de la infancia por lo que no debe adoptarse alguna determinación

que implique perjuicio para los niños, más allá de los efectos normales inherentes a su participación dentro del procedimiento jurisdiccional.<sup>308</sup>

La Sala enfatiza en que no debe olvidarse nunca que el niño es el protagonista principal y afectado más directo en la situación conflictiva en que se debate sobre su interés, por lo que aun en el caso en que por diversos motivos sus deseos no sean atendidos, su participación implica el necesario reconocimiento de su personalidad y el hecho de que puede aportar datos de especial relevancia subjetiva y objetiva para la concreción de lo que se estima que más le conviene.

Como lo mencionamos anteriormente, la Primera Sala alude que el derecho del niño a expresar su opinión en los asuntos que puedan afectarle debe respetarse incluso en temas en los que aún pareciera no estar preparado para manifestarse, de ahí que la edad biológica de los niños no pueda ser criterio determinante para llegar a una decisión respecto a su participación dentro de un procedimiento jurisdiccional.

En esa tesitura finaliza la Primera Sala estableciendo que, con independencia de su edad, lo importante es atender a la madurez de los niños, es decir, a su capacidad de comprender el asunto y sus consecuencias, así como de formarse un juicio o criterio propio. Así, la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión y transmitirla. Por ese motivo, las opiniones del niño tienen que analizarse casuísticamente, haciendo una decodificación de sus deseos de acuerdo a su madurez.

---

<sup>308</sup> Tesis de jurisprudencia: 1a./J. 12/2017, Décima Época, N° de registro: 2013952, Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación, Publicada el 17 de marzo de 2017.

#### 4.8 El rol de la sociedad civil en la implementación del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño referente a su derecho a ser escuchado.

Hablar de la infancia desde la sociología nos permite recordar que siempre se le ve como un grupo de difícil investigación, por lo tanto, se habla de la infancia en su entorno familiar o de la infancia desde la educación, o nos preocupamos por ponerle edades a la infancia, y llamarlos niños, menores y adolescentes; sin embargo, el problema comienza cuando la infancia necesita ser vista como una unidad de análisis.

Razón por la cual, la niñez ha sido considerada -como lo decía Platón y Aristóteles- como una etapa presocial, un grupo en preparación para la vida adulta preparada para la sociedad.

Y es que, desde la perspectiva de los derechos humanos, la cuestión del niño como sujeto de derechos, así como el desmonte y la deslegitimación de la cultura de la incapacidad, constituyen la pieza central de este proceso.

Los niños integran un grupo que ha merecido el mayor interés de la comunidad internacional, por lo que se crearon ininidad de instrumentos internacionales aplicables a los niños, algunos de los cuales han sido mencionado, lamentablemente, el déficit de eficacia de esos instrumentos internacionales es manifiesto.

El artículo 19 de la Convención sobre los Derechos del Niño establece que todo niño tiene derecho a las medidas de protección que en su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Si bien es cierto, las medidas de protección contempladas en dicho artículo deben ser definidas en cada caso en concreto, lo cierto es que, la obligación recae en el Estado como garante, teniendo la obligación de respetar el derecho de los niños, entre ellos el derecho a ser escuchado.

Reconocer plenamente que la niñez está dotada de derechos, y que no solamente tiene derecho a ser protegida sino también a participar en todo asunto que le afecta es ya de por sí difícil. Ahora considerar el derecho del niño a ser escuchado tal cual como un derecho simbólico del reconocimiento de que el niño es titular del mismo conlleva cambios en las estructuras políticas, sociales, institucionales y culturales.

Los Estados Partes necesitan combatir ciertas actitudes tradicionales y culturales las cuales no reconocen el derecho de los niños a participar en la sociedad, lo cual conlleva a que no se pueda materializar éste derecho, siendo urgente fomentar un clima social que conduzca a la participación infantil.

Lo anterior, no se logrará si la sociedad no está dotada de valores, y se limita a reconocer derechos sin importarle seriamente su goce.

Tal como lo hemos referido, es importante fomentar oportunidades para la participación de los niños en su entorno, pero con mayor énfasis en los procedimientos judiciales en los cuales sus derechos se ven involucrados, para fomentar las oportunidades se debe estimular la autonomía infantil en cuanto a su evolución.

El derecho de los niños en la sociedad se ha entendido únicamente de forma simbólica, se ha considerado más un derecho procesal que un derecho en sí mismo.

Necesitamos una sociedad inclusiva, para lo cual también es necesaria la divulgación de los derechos englobados en la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que ni el propio titular de esos derechos los conoce, un niño informado, puede defender sus propios derechos, su pleno conocimiento además garantizará un realcen en el ejercicio de sus derechos humanos.

Abocarse a la inclusión sistemática en materia de políticas, asegurando así que la niñez puede expresar su opinión y participar efectivamente en todo tema que le afecta.

El rol de la sociedad civil, en específico la familia es fundamental ya que tal como lo refiere Oliva Gómez, ésta vive en un continuo proceso de transformación, modificación y adaptación a las nuevas realidades personales y sociales que se presentan,<sup>309</sup> equiparable a la realidad a la que se enfrentan los niños en relación a sus derechos, ésta adaptación de la familia a la realidad social coadyuva al desarrollo progresivo del niño, y a la postre al reconocimiento social de éste como sujeto de derecho.

El respeto de los derechos de los niños constituye un valor fundamental en una sociedad que pretenda practicar la justicia social y los derechos humanos. Ello no sólo implica, brindar al niño cuidado y protección, sino que adicionalmente, determinar reconocer, respetar y garantizar la personalidad individual del niño, en tanto titular de derechos y obligaciones.<sup>310</sup>

En ese sentido, en la sociedad debemos promover conciencia sobre el derecho de la niñez a participar plenamente, de conformidad con el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

De ser así las instituciones asegurarían que los niños puedan acceder fácilmente a los mecanismos de reclamos y a los servicios de asesoría.

Si bien es evidente la creciente protección que la sociedad despliega sobre las niñas y los niños, en la práctica se observan ciertas contradicciones en el trato

---

<sup>309</sup> Oliva Gómez, Eduardo, “La implementación de la familia de acogida en el sistema jurídico mexicano: Retos y compromisos a cumplir”, en Oliva Gómez, Eduardo, Tapia Vega, Ricardo, Jiménez Muñoz, *et. alt.* (coord.), *Hacia el ámbito del Derecho Familiar*, Temas selectos 4, México, Eternos Malabares-UNED-UAEM, 2017, p. 40.

<sup>310</sup> Celis Vázquez, Marco Antonio, *El principio del interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional*, Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad, N° 144, Perú, 2011, p. 251.

que éstos reciben ya que no se permite su plena participación en la sociedad donde viven ni se consideran sus opiniones en los asuntos que les afectan.<sup>311</sup>

A los Estados Partes se les olvida su compromiso con el derecho de la niñez a participar, tal cual lo expresaron en la Sesión Especial de la Asamblea General de las Naciones.

No obstante, la sociedad global no abandona la idea de los derechos humanos como un horizonte nunca alcanzado por completo,<sup>312</sup> cuestionando ahora la calidad de vida humana en contextos que han devenido desiguales tanto en ventajas para algunos sectores de la población, como en la cancelación de oportunidades para otros.

#### 4.9 ¿Realmente se escucha a los niños en los procedimientos de familia?

Mientras los discursos hegemónicos invitan a la conformidad irreflexiva bajo la falsa premisa de “todos somos libres”, asistimos a un repliegue peligroso de los adultos, de las instituciones y del Estado dejando a la infancia, a la adolescencia y a la juventud en la intemperie.

Hemos analizado las tensiones que deben solventarse en cuanto a la protección de los derechos del niño en especial su derecho a ser escuchado en las controversias familiares, así como las condiciones necesarias para realizar de forma efectiva la escucha, nos hemos referido a que la conceptualización en el discurso moral del derecho del niño a ser escuchado y que su opinión sea tomada en cuenta en el espacio jurídico no se visualizan.

---

<sup>311</sup> Pavez Soto, Iskra, *Sociología de la Infancia: las niñas y los niños como actores sociales*, Revista de Sociología, N° 27, Chile, 2012, p. 82.

<sup>312</sup> Aguirre Moreno, Judith, Campos López, Xóchitl Patricia, *Gobernanza y derechos humanos*, Revista Multidisciplinaria del CEDEGS, Año 15, N° 29, enero-junio, México, 2014, p. 24.

En una sociedad que estigmatiza e invisibiliza a los niños, el desafío es que se promueva su dignidad humana; convertir a los niños en protagonistas, implica habilitar la inclusión.

Tenemos claro que el ejercicio de este derecho no se sujeta a una edad determinada; la edad y madurez pueden incidir en la forma o las estrategias a adoptar para la escucha; las competencias del niño o adolescente para el caso concreto condicionan la valoración que el juez hace de su opinión; el niño debe ser escuchado toda vez que lo manifieste y que la negativa del tribunal trasgrede los mandatos constitucionales y convencionales.

En cambio, para los juzgadores existen algunas dudas sobre si la escucha es una facultad o una obligación.

La cuestión reviste cierto interés, no sólo en los procesos en que se ventilan relaciones familiares, sino también en el fuero civil en los asuntos patrimoniales que involucran los intereses de niños.

La regla de acuerdo a la Convención sobre los derechos del Niño, los instrumentos internacionales y el *soft law* es que el niño tiene la facultad de peticionar o no, si peticiona, debe admitirse y ofrecerse las condiciones necesarias para que pueda manifestarse en un ámbito de contención y confianza.

En ese contexto debe entenderse que, si las pretensiones se refieren a derechos personales del niño tales como las aquí analizadas, convivencia, régimen de comunicación con los padres o con los parientes, la respuesta afirmativa se impone, pero él puede manifestar que no quiere comparecer.

Ahora bien, si las pretensiones son estrictamente patrimoniales, no que puede anticiparse una respuesta única aplicable a todos los casos. En cualquier caso, es una decisión del juez, sobre la base de un juicio de ponderación razonable del objeto de la controversia y las circunstancias que rodean el conflicto.

4.10 ¿Qué valor tiene la escucha de los niños en las controversias de índole familiar que los afecten?

Parecería absurda la pregunta anteriormente realizada, sin embargo, es justo la pregunta ante la que se enfrentan todos los días los Tribunales de Familia, ¿Por qué escuchar a los niños?

De modo tal que el derecho de los niños a ser escuchados y a que su opinión sea tomada en cuenta por el juez resulta funcional a la construcción del Interés Superior. No es posible la plena satisfacción de sus derechos sin darle al niño la oportunidad de ser escuchado.

Generalmente se tiene una falsa idea de que los adultos saben mejor que los niños cuáles son los intereses de los niños, sin embargo, en la práctica hay evidencia que muestra que los niños pueden ser mejores jueces y más consistentes que los adultos para determinar lo que es importante en sus vidas.

Cuando se ven transgredidos los derechos de los niños en las controversias familiares, se debe pensar en dos etapas importantes, por una parte, la de escuchar al niño y saber escucharlo; y por otra parte tomar debidamente en cuenta su opinión, lo cual se obtiene con el encuadre.

Por cuanto al valor, lo hemos mencionada con anterioridad, éste se sustenta en cuanto la existencia al derecho del niño a ser escuchado no importa concluir que la opinión manifestada por aquel sea vinculante sobre la determinación concreta de los derechos del mismo.

De ahí se puede afirmar que en la primera etapa se concreta *stricto sensu* la comunicación de opinión del niño, mientras que en la segunda *ex post facto* respecto de la primera se determina si debe o no tomarse en cuenta dicha opinión y en su caso, en qué medida.<sup>313</sup>

---

<sup>313</sup> Aguilera Chaparro, Andrés Gonzalo, Del derecho del niño a ser oído y del derecho de defensa de los niños en el actual ordenamiento jurídico familiar: Breves comentarios sobre



Creemos, empero, que idealmente pueden distinguirse más bien tres etapas diversas, a saber: a) comunicación; b) consideración; y c) vinculación.

La primera – la de comunicación – es la anteriormente referida a la concreción empírica de la postulación de la opinión del niño.

La segunda – la de consideración – se refiere al deber judicial de tomar en cuenta la opinión del niño o adolescente al momento de tomar una decisión jurisdiccional.

Por su parte la tercera – la de vinculación – atinge al grado de obligatoriedad de la opinión del niño respecto de la decisión por parte del sentenciador.<sup>314</sup>

Por cuanto a la consideración, su importancia radica en que en ésta fase el juez debe dar cuenta expresa tanto de las alegaciones de los niños como de la manera en que pondera dicha postulación del niño involucrado en el juicio, sea para acoger dicha petición o para denegarla; mientras que, en la vinculación, alude al grado de obligatoriedad del juez en acatar el deseo o petición del niño.

Implica reconocer a los niños la facultad de decidir cuándo y cómo quieren ejercer un determinado derecho, como asimismo la posibilidad de que en un momento determinado decidan no ejercerlo.

La consideración guarda una estrecha vinculación con la autonomía progresiva ya que se debe determinar la capacidad del niño para ejercer sus derechos, misma que irá creciendo en la medida que él se desarrolla integralmente, adquiriendo paulatinamente -de ahí la progresividad- mayores niveles de autonomía, autoprotección y discernimiento.

Al respecto, Barcia Lehmann sostiene que en todo caso se puede señalar que el principio del ejercicio progresivo de los derechos del niño trae aparejada como consecuencia el desarrollo de su personalidad por etapas, la primera en

---

algunos tópicos jurídicos y acerca del rol del abogado representante del niño niña y adolescente, en *Espejos de Infancia: Análisis e intervenciones en Violencia Infantil*, Valparaíso, Chile, Servicio Nacional de Menores, 2009, p. 50.

<sup>314</sup> *Ibidem*, p. 51.

manifestarse sería el derecho del niño a ser escuchado, siguiendo que además de la voluntad de las partes (padres o representantes de éste) deba concurrir la voluntad del niño para completar su autonomía.<sup>315</sup>

En la práctica otra de las dificultades para tomar en cuenta la opinión de los niños es el cuestionamiento acerca de ¿Cuándo los niños están en condiciones de formarse un juicio propio?

Para responder, seguiremos lo que nos dice Couso, ya que consideramos que todo niño que esté en condiciones de decir algo relevante respecto de una decisión que le afectará está en condiciones de formarse una opinión.<sup>316</sup>

Lo anterior, en el sentido de que el niño no es un personaje silencioso del que se desconoce sus sentimientos, deseos, necesidades y miedos. ¿Cómo saber si éste se puede formar un juicio propio si le ponemos barreras biológicas al establecer edades mínimas, o si consideramos que nada nuevo aportará al juicio, o bien si dejamos que los adultos se pongan de acuerdo aún que con ello imperen sus derechos y deseos del de los niños?

Según el Diccionario de la Real Academia Española, juicio es la facultad del alma, en cuya virtud el hombre puede distinguir el bien del mal y lo verdadero de lo falso, y, propio es lo peculiar de cada persona.<sup>317</sup>

No es dable presumir el grado de madurez del niño, razón por la cual la única opción es escucharlo para lograr evaluar o discernir si está en condiciones de formarse su propio juicio.<sup>318</sup>

---

<sup>315</sup> Barcia Lehann, Rodrigo, *La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez*, Revista *Ius et Praxis*, Año 19, N°2, Chile, Universidad de Talca-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2013, pp. 14-15.

<sup>316</sup> Couso Salas, Jaime, *El Niño como Sujeto... op. cit.*, p. 153.

<sup>317</sup> Diccionario de la Real Academia Española.

<sup>318</sup> Junyent De Dutari, Patricia, *La palabra como derecho de niños y adolescentes*, Revista de derecho de familia y de las personas, Año V, N° 9, octubre, Argentina, 2013, p. 197.

Sea cual fuere la edad del niño, será indispensable escucharlo porque ese constituye el verdadero y único modo de saber de él, más allá de los certificados, informes y constancias foliadas, para ser protegido el niño necesita la mirada de su juez. Esta obligatoriedad para el juez de escuchar a los niños constituye una garantía sustancial que fluye de su consideración como sujeto de derecho y ningún magistrado puede decidir tema alguno que lo afecte sin haber cumplido esta exigencia.

Escuchar al niño, es resguardar el derecho que le asiste de expresar libremente su opinión en todo asunto que lo afecte y que la misma sea debidamente tenida en cuenta, valorándola el juez, en función a la autonomía progresiva.

Escuchar a los niños, observar sus gestos, actitudes, ver más allá de eventuales presiones o interferencias para desentrañar la verdad real, significa aportar un elemento para la convicción del juzgador al momento de emitir una sentencia, eso que el niño vive, siente y expresa es lo que le da la suficiente condición de formarse un juicio propio.

Por ello, su opinión debe ser de la forma menos traumática, es fundamental brindarle las óptimas condiciones para que el niño expuesto no sufra las consecuencias de la revictimización, para lo cual se requiere contar con la estructura adecuada y la colaboración interdisciplinaria de especialistas en el tema.

Es de gran importancia el estado emocional del niño, no provocar angustia, brindarle toda la información referente al procedimiento y darle las condiciones óptimas para testificar.

Y los encargados de escuchar al niño deben tener la competencia, aptitudes y habilidades para escuchar.

En todos los casos, si bien la opinión de los niños no es determinante de la decisión, cuando el Juez decide apartarse de su voluntad debe ofrecer argumentos de peso que la justifiquen.

#### 4.12 ¿Existen las medidas adecuadas para escuchar a los niños en los procedimientos judiciales?

Lamentablemente no existe una respuesta afirmativa loable para este cuestionamiento, ni en el panorama normativo nacional ni en el internacional encontramos medidas, mucho menos medidas adecuadas para escuchar a los niños, y con ello respetar su derecho.

Vamos por partes, el niño tiene el derecho de ser escuchado, pero no se determina cómo ha de ser escuchado, y entonces ¿Cómo lograr que el niño, al que ya le conferimos, le reconocimos socialmente, y aceptamos que tiene capacidad de discernimiento, sea escuchado en una controversia familiar?

El punto de inflexión ha sido que existen diversas formas de interpretar la Convención sobre los Derechos del Niño que deben ser construidas sobre la premisa hermenéutica de que el tratado fue aprobado para producir efectos en el orden normativo.

De esta manera, una interpretación literal que implique ningún cambio en la condición jurídica de la infancia en un sentido emancipatorio en términos de derechos fundamentales sería contraria al tratado, ello a pesar de sus lagunas y ambigüedades.<sup>319</sup>

Es evidente que se necesita prestar más atención a innovar mecanismos de participación según las preferencias de los propios niños para asegurar que se sienten cómodos expresando sus opiniones.

Pero ¿Cómo examinar toda ley o regulación existente para cerciorarse que el artículo 12 de la Convención esté adecuadamente integrado a todas las leyes,

---

<sup>319</sup> Bellof, Mary, Quince años de vigencia de la Convención... *op. cit.*, p. 15.

regulaciones e instructivos administrativos que son relevantes? Sería no imposible, pero si con pocos efectos.

Lo anterior, puesto que la Convención sobre los Derechos de los Niños es utilizada como una gran herramienta a fin de que los Estados Partes velen por el respecto de los derechos de los niños. Pero la realidad es que no ha servido para desarrollar acción política deseable en términos de garantizar y hacer efectivos los derechos en ella establecidos.

En esa tesitura, si bien desde el punto de vista teórico-normativo es indudable que la escucha de los niños está expresamente reconocida en nuestro ordenamiento legal nacional e internacional, en el nivel de las prácticas concretas se presentan situaciones disímiles y se plantean diferentes interrogantes relativos a las modalidades en que los agentes judiciales y administrativos deben garantizar ese derecho, y también a la manera en que unos y otros los interpretan.

Tal como apuntábamos, en los juicios de familia el respeto del derecho de los niños a ser escuchados y a la debida consideración de su opinión, abre un abanico de cuestiones vinculadas a las condiciones, carácter, modalidades y oportunidad procesal del acto dirigido a escuchar la opinión del niño.

Al persistir los obstáculos antes mencionados, los impartidores de justicia prefieren que perduren prácticas tradicionales que restringen la efectividad de éste derecho reconocido a los niños, evitando con argumentos poco claros, el escuchar al niño directamente, y preferir hacerlo a través de un informe profesional o de sus representantes.

Aunado a que existen normas jurídicas expresas que incorporan el citado derecho del niño a ser escuchado, su delimitación conceptual es materia de discusión académica, y jurídica aún en la actualidad, de guisa que ni su configuración ni su aplicación es sencilla.

Muchas han sido las críticas al respecto, algunas de éstas apuntan a los siguientes tópicos:

- a) lo inapropiado de seguir hablando de “escuchar” a los niños cuando sus derechos ya han sido previamente reconocidos;
- b) genera más preguntas que las que responde;
- c) se trata de un concepto jurídico abierto e indeterminado, por lo que los resultados de su aplicación son impredecibles;
- d) a través del pretexto del interés superior del niño pueden adoptarse decisiones arbitrarias o que retrotraen concepciones presuntamente dejadas de lado tras la Convención sobre los Derechos del Niño.

Expuesto lo anterior, si las expectativas normativas del instrumento internacional que protege los derechos de los niños es la consideración de éstos como personas, sujetos de fines que progresivamente ejercen sus derechos y se les exige determinados deberes de actuación, una mínima consecuencia consiste en contar con las medidas adecuadas para llevar a cabo la escucha, pues es la única forma de que se genere una comunicación activa y, derivado de lo anterior, la opinión de éstos pueda considerarse para enriquecer la toma de decisiones.

Una infracción de lo anterior, transgrediría uno de los derechos más importantes de la Convención sobre los Derechos del Niño, como lo es precisamente el de ser escuchado.

De lo anterior se puede colegir que la concreción del citado derecho específico a ser escuchado es una manifestación de un general derecho de participación de los niños; que lo anterior es conteste con el paradigma del niño o adolescente como sujeto de derecho; y que, además, es consistente con la adquisición de la autonomía progresiva en el ejercicio de derechos y exigibilidad de deberes de actuación.

En esa tesitura, resulta inconcuso la existencia de una regulación internacional más específica respecto de la oportunidad y condiciones para

escuchar a los niños, ya que es la única forma de que el derecho del niño a ser escuchado pueda consolidarse, normativa y sistemáticamente. Esto se lograría con la creación de un protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, mismo que tendrá la naturaleza que a continuación se analizan.

#### 4.13 Naturaleza de los protocolos facultativos de la Convención sobre los derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño, contiene una serie de derechos y obligaciones irrevocables, por lo que en atención a la protección especial que los niños necesitan, la Asamblea General de las Naciones Unidas ha aprobado Protocolos facultativos que sirven para reforzar la protección de los niños.

El Protocolo sobre la participación de los niños en los conflictos armados, fue aprobado el veinticinco de mayo del año dos mil en la Ciudad de Nueva York, a causa de que en África se comenzara a hablar sobre los niños soldados, la Convención sobre los Derechos del Niño, se percató que en 1949 se había dejado una laguna respecto de este tema, ya que sólo preveía el reclutamiento pero no lo prohibía, por lo que las Naciones Unidas decidieron adoptar dicho protocolo en el que se prohibieran de forma absoluta, el reclutamiento de niños en las fuerzas armadas.

Recuerdan que anteriormente comentaba que la edad al hablar de niños podía variar de un país a otro, o estado a otro, pues bien, fue la misma Convención sobre los Derechos del Niño, quien en su artículo 38.2 estableció lo siguiente:

##### ARTÍCULO 38

1. Los Estados Partes se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.

2. Los Estados Partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades.

3. Los Estados Partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18, los Estados Partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

Es decir, la Convención preveía el reclutamiento de los niños considerados hasta los 15 años de edad únicamente en los conflictos armados.

Sin embargo, el Protocolo en sus artículos 1º, 2º y 3º si prevén la edad del niño hasta los 18 años, al sostener que:

Artículo 1. Los Estados Parte adoptaran todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 participe directamente en hostilidades.

Artículo 2. Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

Artículo 3.1. Los Estados Partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.

Pero curiosamente, el Protocolo en su artículo 3.2., da la libertad a los Estados Partes, a que, al momento de ratificar dicho Protocolo, establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas, con la salvedad de que al hacerlo deberá establecer las medidas de salvaguardia para garantizar sus derechos humanos.



Asimismo, en el año dos mil, y en la misma fecha, veinticinco de mayo, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el Protocolo sobre la venta de infantes, la prostitución de menores y la pornografía infantil, el cual se creó dada la dimensión del problema de explotación sexual infantil, ya que tanto afectaba al país en vías de desarrollo como al país desarrollado, es decir, se estaba convirtiendo en una realidad la industria del sexo, como una salida para combatir la pobreza, pues incluso existe la voluntad del menor de ser objeto de explotación sexual comercial con tal de obtener una remuneración, alimentos, casa, ropa, atenciones, o bien puede ser en contra de su voluntad a través de la violencia.

Pues bien, este Protocolo tiene la tarea de definir y prohibir la participación de niños en prostitución y pornografía, es decir, el objetivo es que los Estados Partes hagan frente al problema, tomando medidas inmediatas, legales, de asistencia, auxilio y protección.

Finalmente, el diecinueve de noviembre del año dos mil once, se aprobó el Protocolo sobre los derechos del niño relativo al procedimiento de comunicaciones, el cual permite que los niños puedan presentar peticiones individuales al Comité de los Derechos de Niño,<sup>320</sup> es decir, que cuando los niños consideren violado alguno de sus derechos, podrán presentar ante el Comité, una queja.

Lo anterior, dado a que la Convención no estableció ningún mecanismo para presentar quejas individuales; si bien dicha queja debe reunir ciertos requisitos señalados en el protocolo, una vez cumpliendo con ellos, se inicia el procedimiento de investigación sobre la violación a sus derechos, el cual tendrá como finalidad la reparación de dicha violación.

---

<sup>320</sup> El Comité de los Derechos del Niño, tiene como principio general el interés superior del niño, tomando en cuenta sus derechos y opiniones, dándoles el debido peso, en relación con la edad y madurez del niño.

El protocolo facultativo siempre debe interpretarse a la luz del tratado original, en éste caso la Convención sobre los Derechos del Niño, y bajo los principios de no discriminación, interés superior y participación.

El Comité de los Derechos del Niño, ha determinado, mediante diversas observaciones generales, el camino a seguir a los fines de una interpretación adecuada de los derechos y garantías previstos en la Convención, por lo que reiteradamente debemos acudir a éstas a fin de pasar por el tamiz del control de convencionalidad.<sup>321</sup>

En la Observación general N° 12 emitida por el Comité de los Derechos del Niño, en su punto 44, aduce que es obligación de los Estados Partes establecer buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño y garantizar el derecho previsto en el artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que éste es un derecho y no obligación del niño, y que debe ser sin la intervención de representantes.<sup>322</sup>

En ese contexto, y dado que la Convención sobre los Derechos del Niño, al establecer su derecho a ser escuchado en su artículo 12, no establece las condiciones bajo las cuales debe llevarse a cabo la escucha, con la finalidad de que ésta sea efectiva, es que pensamos que crear el protocolo facultativo referente específicamente al derecho del niño a ser escuchado, aumentaría el respeto y eficacia del mismo, puesto que se profundizaría en las condiciones bajo las cuales se debe dar la escucha, ampliando con ello las obligaciones de los Estados Partes de la Convención.

La naturaleza de los Protocolos Facultativos consiste en utilizarlos para aumentar los instrumentos de derechos humanos.

---

<sup>321</sup> Custet Llambi, María Rita, *Medidas excepcionales de protección a la luz del debido proceso*, en Grosman, Cecilia, Kemelmajer, Aída, et. alt., Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N° 61, septiembre 2013, Abeledo Perrot, Argentina, p. 3.

<sup>322</sup> Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, 44 en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc)

Por lo que después de la aprobación de un instrumento de derechos humanos se suelen añadir los protocolos facultativos, que son –una vez estudiado sus objetivos- de acuerdo a nuestra interpretación mecanismos jurídicos que complementan y añaden provisiones a los instrumentos internacionales como en el caso de la convención.

Un protocolo facultativo puede versar sobre un tema relacionado con Convención original, y se utiliza para profundizar sobre cuestiones que aparecían en el texto original, abordar una preocupación nueva o añadir un procedimiento para la aplicación y puesta en marcha de la misma. Así como los protocolos facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño que ofrecen más detalles y amplían las obligaciones del texto original.

A éstos protocolos se les denomina facultativos porque no vinculan automáticamente a los Estados que ya han ratificado la Convención original. Estas obligaciones en el protocolo son adicionales y pueden ser más exigentes que las que aparecían en la Convención original, por lo que los estados deben escoger de manera independiente si quieren vincularse o no al protocolo.

Es decir, son ratificados de manera separada, dando la oportunidad de que los Estados que no son parte de la Convención, los ratifiquen o se adhieran a ellos.

Por tanto, un protocolo facultativo dispone de sus propios mecanismos de ratificación, mismos que son independientes del instrumento internacional que complementa.

Pero como lo mencionamos, los protocolos facultativos como los de la Convención sobre los Derechos del Niño permiten sin embargo a los Estados que no son parte de la misma, ratificarlos o adherirse a ellos. Por ejemplo, Estados Unidos, que no ha ratificado la Convención, sí ha ratificado dos protocolos facultativos.

En el sistema de tratados de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas existen dos tipos de protocolo facultativos:

a) Los que se refieren a un área sustantiva nueva que no fue incluida en el texto original de un tratado. Por ejemplo, el Segundo Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que se ocupa del tema de la abolición de la pena de muerte.

b) Los que se refieren a aspectos de procedimiento que pueden afectar la manera en que un tratado funciona o se aplica. Por ejemplo, creando nuevos mecanismos de supervisión, como un mecanismo de presentación de quejas.

La mayoría de los protocolos facultativos crean procedimientos que permiten que personas y grupos de personas presenten reclamos formales cuando los Estados violen derechos reconocidos en un tratado de derechos humanos.

En este sentido, cuando un protocolo facultativo crea uno o más mecanismos de garantía, el órgano de control creado por el tratado correspondiente es el encargado de administrarlos, en este caso sería el Comité de los Derechos del Niño.

#### 4.14 Necesidad de un Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, referente a su Derecho a ser Escuchado

Aunque la Convención sobre los Derechos del Niño, es una norma obligatoria para los Estados Pates que la firmaron y ratificaron es evidente que a ellos les corresponde fijar los límites de los derechos del niño, el modo en que debe ser definido o interpretado el derecho y su satisfacción, no obstante, nos hemos percatado que el derecho del niño a ser escuchado ha resultado ineficaz.

Lejos de que las leyes, manuales de abordaje, la implementación de cámaras Gesell parezcan dar respuesta al derecho del niño a ser escuchado, éste

suele ser marginado, porque lo que la sociedad requiere exigir que en la toma de decisiones que pudieran afectarle al niño se consideren sus intereses y necesidades.

Precisamente por tratarse de una Convención que tiene las características señaladas a lo largo de la lectura, es necesario entender que si éste, fijó mínimos que en la mayoría de los casos es preciso construir, aún como tales, se requiere la ayuda de un protocolo facultativo que forme parte del derecho internacional para la protección del derecho de la infancia a ser escuchada. Que tenga un carácter vinculante y obligue a los juristas a esmerarse en sus desarrollos argumentales para construir un derecho mejor para niños, que en los procesos judiciales se materialice concretamente su derecho a ser escuchados y no sólo se declaren retóricamente con la consecuencia de producir un mayor beneficio para los niños, argumentando que lo hacen atendiendo al interés superior.

En definitiva, se necesita de un protocolo facultativo que no minimice el derecho de los niños a ser escuchados, basta ya de pensar que los instrumentos internacionales no son rigurosos, y obligatorios, o que simplemente no se tomen en serio por legislar sobre personas menores de edad.

Probablemente la clave sea entender que protección en términos de derechos no es una cuestión retórica. La adopción de un protocolo facultativo referente a éste derecho en específico es fundamental para proteger a los niños allí donde las leyes nacionales e internacionales y los tribunales de familia los ignoran; un protocolo que no sólo permita entender el alcance del derecho a ser escuchado, sino que además contenga políticas públicas eficientes que resuelvan los problemas concretos que siguen teniendo los niños.

La necesidad radica en que los Estados Partes se comprometieron a reformar las leyes de infancia y a poner énfasis en su derecho a ser escuchados; pero no lograron un compromiso igual para que se concretara, no existe un impacto en la realidad.

Los niños deben tener una posibilidad real de participación en los procesos judiciales, una vez que analizamos los principales obstáculos que ha de afrontar el derecho del niño a ser escuchado, y cuáles son las tensiones, debemos superar el discurso y plantear la solución válida, eficaz y justa.

La tensión a la que nos referimos es tanto global como local, y lo anterior, requiere una armonización de condiciones internacionales. Es urgente que los Estados Partes de la Convención y los Protocolos facultativos de la misma presten atención especial a estándares que aseguren el derecho de los niños a ser escuchados, así como su implementación práctica.

Lo anterior, sólo se lograría con un protocolo facultativo que tome medidas que aseguren reglas y prácticas, incluso establecer algún mecanismo para presentar quejas, reforzando los métodos permitiendo a cada niño que en los procesos donde se ven afectados sus intereses sea escuchado de forma adecuada.

En este sentido, establecer para los tribunales de familia las diversas formas de hacer contacto con los niños, es decir la forma de interactuar con él para lograr una escucha activa, de acuerdo a la progresividad de su desarrollo, no establecer parámetros de edad biológica, y permitir tal como lo dice la Convención que los más pequeños también sean escuchados, que el grupo multidisciplinario esté capacitado para tener un contacto con el niño, aprenda a observar al niño y cómo se relaciona; que frecuentemente se realicen distintos tipos de juegos, diseñados especialmente para ese propósito y, que cuando el niño hable se pueda interpretar lo que en realidad quiso transmitir.

Ir en contra de lo anterior y no respetar el derecho de los niños a ser escuchados puede implicar en correlación la transgresión a derecho al debido proceso, toda vez que uno de los elementos esenciales del derecho al debido proceso lo constituye el derecho a la defensa, entendido por la doctrina como la posibilidad y oportunidad de participar en el proceso, no como parte, pero si como persona afectada en sus intereses.

En estos casos, se adquiere una especial connotación y se materializa a través del derecho a ser escuchado y a que su opinión sea debidamente tomada en cuenta ya que contiene una doble dimensión, por una parte, el derecho personal del niño de ser escuchado y el deber correlativo del juez de escucharlo en cualquier oportunidad procesal, cuando se pueda ver afectado en sus derechos por medio de un pronunciamiento judicial.

Así, es dable concluir que el derecho a la defensa de un niño no se satisface sólo con el hecho de escucharlo, sino que exige que el niño pueda participar activamente en la construcción del caso. Esta idea nos reconduce a la necesidad de que dicho derecho tenga su propio instrumento internacional a través de un protocolo facultativo, que establezca las condiciones bajo las cuales se deba escuchar a los niños, y se logre una permanencia en el tiempo, que conlleve al intercambio de información y diálogo con el niño para y sobre la toma de decisiones.

## Propuesta

El eje central de la Convención es el sistema de protección integral que revela la concepción de niños como sujetos de derechos, así como la tutela efectiva del principio del interés superior, ésta noción de tutela efectiva implica la participación de los niños en relaciones jurídicas familiares en un ambiente de respeto del derecho a ser escuchados conforme a su madurez.

Esta temática se aborda desde la evaluación de la autonomía progresiva del niño para poder actuar en el sistema judicial, así como desde la evaluación de las capacidades de los operadores y de las condiciones existentes en el sistema para recoger la voz de los niños y hacerlos participar, asumiendo la noción de participación implícita contenida en el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño.

La propuesta consiste en la creación de un Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, referente a su derecho a ser escuchado, que sea vinculante para los Estados Partes, específicamente para las instituciones judiciales, y que bajo los criterios y bases establecidos en éste se cumplan con las condiciones que deben implementar para que la escucha de los niños sea efectiva, con su implementación se protegerá y respetará el derecho de los niños a ser escuchados; alcanzando el efectivo respeto y goce de sus derechos humanos; evitando la aplicación de criterios discrecionales y decisiones judiciales que afecten sus intereses.

Se matizará de forma razonable el alcance de la participación de los niños en los procedimientos judiciales de índole familiar y se crearán los mecanismos necesarios para dar efectividad al derecho de ser escuchados, removiendo todos los obstáculos para su correcta implementación.

La obligación consistirá en habilitar espacios para que los niños sean escuchados y puedan expresar su opinión libremente y con sus propias palabras



(en cualquier causa que los afecte), la implementación de espacios adecuados incluso con cámara “Gesell”, para el ejercicio de la escucha del niño con la presencia de sus padres o tutor;<sup>323</sup> así como la existencia de medios electrónicos para registrar las declaraciones de los niños, con el fin de evitar que repita sus respuestas; y respetar en todo momento su condición de sujeto de derecho.

Dar los lineamientos que deben seguir los Estados para que sea efectiva la expresión y escucha del niño; montar dispositivos para que los niños hablen y sean escuchados en su subjetividad infantil, y no a través de lo que dicen los padres o la maestra, es decir, el objetivo es encontrar la voz del niño, y no lo que dicen de él, lo que dicen por él, o lo que dicen que debe decir en la entrevista; es precisamente lo que queremos evitar con este protocolo internacional, lo que se pretende es sólo escuchar al niño, lo que él quiere decir.

De ahí, que sea importantísimo proteger su derecho a ser escuchado, conocer su situación, determinar si es necesario y el beneficio que puede tener el ser escuchado; saber cuál es el mejor momento para ser escuchado; cual es el mejor lugar; cual es la mejor persona, esto es el mejor facilitador para la palabra del niño; con quien se les convoca, es decir, elegir bien con quien tiene que ir acompañado; lo anterior, con el objetivo de establecer un vínculo de mayor confianza, que propicie el dialogo fácil y se tenga como resultado una escucha satisfactoria, de fácil comprensión; respetando su interés, creando un clima de confianza y seguridad donde el niño y la niña sean los principales protagonistas.

En éste Protocolo Facultativo imperaran las directrices internacionales en materia de protección de los niños al momento de ser escuchados en las instituciones judiciales dentro de las controversias familiares, y se garantizará el disfrute pleno de sus derechos; construyendo Estados globalizados respetuosos de

---

<sup>323</sup> Recordemos que la expresión del menor puede cambiar al estar frente a los padres, la maestra, psicóloga, terapeuta y en este caso ante el propio juez.

los derechos humanos de los niños, pero sobre todo convirtiendo la Convención sobre los Derechos del Niño, específicamente su artículo 12 en una realidad.

Ello con la confianza en que un mejor derecho puede contribuir, sin ingenuidades, a que todos los niños vivan vidas dignas de ser vividas.

El protocolo facultativo quedaría como sigue:

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño  
referente a su derecho a ser escuchado.

Los Estados partes en el presente Protocolo,

Considerando que para asegurar el propósito de la Convención sobre los derechos del Niño y su aplicación efectiva especialmente del artículo 12, sería conveniente aplicar las medidas que deben adoptar los Estados Partes a fin de garantizar su protección y acceso a la participación,

Reconociendo que los niños son sujetos titulares de derechos y ser humano con dignidad,

Reafirmando también que los niños es un ser humano con capacidades en evolución,

Alentados por el reconocimiento del derecho del niño a ser escuchado y a que sus opiniones sean tomadas en cuenta,

Reconociendo que la situación especial de los niños en los procedimientos judiciales en especial las controversias familiares pueden dificultar seriamente el ejercicio de sus derechos e intereses,

Considerando que el presente Protocolo reforzará y complementará los mecanismos nacionales e internacionales al permitir a los niños opinar sobre sus derechos,

Reconociendo que el respeto del interés superior del niño y a la autonomía progresiva será fundamental al momento de que el niño sea escuchado,

Alentando a los Estados partes a que establezcan mecanismos apropiados para que los niños verdaderamente tengan acceso a la justicia en sus países,

Convencidos de que el derecho a ser escuchados favorece tanto a la participación activa de los niños, como al desarrollo progresivo de la ciudadanía frente a estos temas, garantizando el acceso a la justicia,

Han convenido en lo siguiente:

#### Artículo 1

1. Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que la escucha del niño es un derecho, en el sentido en el que se define el artículo 12 de la Convención.

2. Los Estados Partes se comprometen a que todos los niños sean escuchados en los procedimientos judiciales donde se vean afectados sus intereses.

3. Los Estados Partes promoverán la sensibilización de los operadores de justicia y la sociedad en general de la condición de los niños como sujetos de derechos, mediante la información, capacitación y educación, para que su derecho a ser escuchado sea reconocido y materializado en los asuntos donde sus intereses estén involucrados.

4. Los Estados Partes garantizarán que el niño tenga acceso a la información necesaria que le permita expresar su opinión sobre el asunto del que se trate.

#### Artículo 2

A los efectos del presente Protocolo:

- a) Por autonomía progresiva se entiende como el discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona que se encuentra en desarrollo. En el ámbito jurídico genera una graduación en el ejercicio de los derechos de los niños.
- b) Por juicio propio se debe entender que todo niño esté en condiciones de decir algo relevante respecto de una decisión que le afectará está en condiciones de formarse una opinión.
- c) Por resiliencia se entiende la capacidad de un sujeto para sobreponerse a una situación traumática o altamente adversa, donde se pueda resurgir, adaptarse, recuperarse y construir una vida significativa y/o productiva.

### Artículo 3

1. Los Estados Partes consideraran que la edad cronológica de un niño, no tiene que ser necesariamente concordante con su edad madurativa, por lo que no se establecerá edad mínima para que los niños sean escuchados.

2. Los Estados Partes se comprometen a tener en cuenta estos cambios evolutivos a la hora de realizar la escucha de los niños, por lo que se explorarán las características y capacidades por nivel evolutivo de habilidades cognitivas, socioemocionales, lingüísticas, y morales.

3. Los Estados Partes aseguraran que las anteriores condiciones sean evaluadas por un grupo multidisciplinario capacitado para ello.

### Artículo 4

1. Los Estados Partes se comprometen a que en los Tribunales de familia se establecerá un diálogo entre el niño y su entrevistador, cuyo fin será precisamente recoger la opinión del niño, respecto de la situación familiar por la que atraviesa, indagando sobre sus deseos, temores y expectativas, de modo tal que el Juez pueda considerar esta opinión al momento de emitir una sentencia.

## Artículo 5

1. Los Estados Partes cooperaran en la aplicación del presente Protocolo en particular en los Tribunales de familia requiriendo que quien lleve a cabo la escucha de los niños considere los elementos especificados, con el objetivo de que esta sea, por un lado: eficaz, cumpliendo el ejercicio del derecho del niño a ser escuchado; como también permitir que este proceso no sea nocivo para el entrevistado.

## Artículo 6

1. La duración de la escucha de los niños, no puede ser estandarizado, por lo que dependerá de múltiples y numerosos factores, como su nivel de desarrollo evolutivo alcanzado. Sin embargo, con el fin de proteger éste derecho los Estados Partes deben considerar que la extensión de la entrevista sea acotada y acorde a las necesidades de quien es entrevistado, empero sin que se pongan en peligro los objetivos y eficacia de la misma.

2. Si la duración de la entrevista es entre 20 a 45 minutos, los primeros 5 deben ser de encuadre y rapport, y los últimos 5 a 10 minutos deben corresponder a una instancia de cierre, mientras que el tiempo restante se utilice para la etapa central o desarrollo de la entrevista.

## Artículo 7

1. Los Estados Partes adoptaran todas las medidas necesarias para proteger el derecho de los niños a ser escuchados entre ellas que la escucha se genere en un ambiente adecuado, tanto en el diseño, distribución, equipamiento técnico e infraestructura.

2. Los Estados Partes aseguraran que todos los niños que sean escuchados en los tribunales de Familia cuenten con lugares o salas confortables que aseguren la sensación de privacidad e intimidad, junto a la satisfacción de sus necesidades, en relación a sentirse física y psicológicamente seguros durante los procesos de entrevista.

En particular deberán contener:

- a) Decoración y mobiliarios funcionales, con el objeto de evitar distracción, ya sea ante la alta estimulación o inhibición de los elementos que componen el espacio físico. Por lo que el ambiente debe encontrarse provisto con elementos que otorguen una familiaridad con los espacios comunes para niños.
- b) Un color neutral, el color debe considerar la luminosidad del espacio, estimulando un efecto anímico que propenda a ser acogedor, lo anterior para fomentar la comunicación.
- c) En relación a la cantidad de personas presentes, es relevante señalar y reiterar la necesidad de que la entrevista sea realizada con la mínima cantidad de personas posibles, para que conserve su característica de intimidad y reserva.
- d) La existencia de recursos tecnológicos como el uso de auricular o sonopronter, que permitan la dirección e intervención fluida de los observadores, en este caso por parte del juez, evitando un quiebre del diálogo que se mantiene entre entrevistador y entrevistado.

3. Los Estados Partes podrán optar por la implementación de cámaras Gesell las cuales facilitan el desenvolvimiento de los niños de una forma lo más natural posible.

#### Artículo 8

1. Los Estados Partes incluirán en los lugares o salas un registro audiovisual, con el objeto de contar con un respaldo de lo señalado por el niño, que impida que este eventualmente deba concurrir al Tribunal de Familia, y que permita contar con un registro fidedigno para otras instancias, como es en el caso de segunda instancia y/o develación de una situación que revista características de delito. De este modo, puede registrarse no sólo el discurso del niño, sino su lenguaje no verbal por medio de su corporalidad.

2. Los Estados Partes se comprometen a asegurada la obtención del audio con una calidad adecuada, especialmente en consideración de la disminución del volumen de voz del entrevistado en situación complejas y/o con alto compromiso emocional.

#### Artículo 9

1. Los Estados Partes garantizaran que el entrevistador tenga además de una formación profesional idónea, una especialización y/o capacitación para estar frente al niño, experiencia y entrenamiento específico que le brinde las estrategias y técnicas necesarias para obtener una declaración confiable, completa y válida a partir de la palabra del niño.

2. Los Estados Partes se comprometen a capacitar a los profesionistas que escuchan a los niños ya que la cantidad y la calidad de información que los niños aporte está en directa relación con la capacidad del profesionista para relacionarse con ellos. Los profesionistas deben realizar la escucha utilizando un lenguaje adecuado y sencillo, acorde a la madurez y nivel sociocultural del niño.

3. Los Estados Partes consideran importante la apariencia física del profesionista, siendo necesario evitar una vestimenta que otorgue una excesiva formalidad, o elementos que generen una imagen de autoridad, ya que podría visualizarse como un aspecto intimidatorio para el niño lo que impediría el establecimiento de una escucha empática y el favorecimiento de un ambiente de intimidad.

#### Artículo 10

1. Los Estados Partes con el fin de garantizar el derecho de los niños a ser escuchados seguirán la siguiente metodología para la entrevista:

##### I) Fase previa

Corresponde a la coordinación entre entrevistador y observadores. Tiene como objetivos:

1. Establecer los objetivos de la entrevista.

2. Determinar la información que se desea entregar al niño en su derecho a la información.
3. Considerar factores culturales, diversidad de capacidades y desarrollo evolutivo alcanzado por el niño.

## II) Fase inicial

Ésta fase permite lograr una adecuación de las expectativas del niño. Disminuyendo posibles sentimientos de ansiedad, desorientación y fantasías del niño. Como herramienta en ésta fase se ha utilizado a perros entrenados para realizar un contacto con los niños y disminuir los niveles de ansiedad.

Tiene como objetivos:

1. Realización de un encuadre. Corresponde a la situación inicial donde se establece un contexto y/o límites en el que se desarrolla la entrevista. (Los elementos del encuadre son: 1. Presentación del entrevistador y observantes, 2. Presentación del contexto y espacio físico, 3. Explicación en términos sencillos del objetivo de la entrevista (carácter reservado de la audiencia) y 4. Facilitar la emergencia de dudas iniciales).
2. Establecimiento de rapport. Corresponde al proceso que busca establecer una relación comunicacional fluida y efectiva. Actitud, neutralidad, empatía, corporalidad, ritmo y tono de voz.

## III) Fase desarrollo

Corresponde a la etapa en que el niño relata su situación personal y familiar.

Para lograr esto hay que fomentar una instancia de apertura respecto de los temas que proporciona el niño en el diálogo.

La formulación y contenido de las preguntas debe ser de la siguiente forma:

Utilizar preguntas simples y cortas.



Evitar estructuras complejas que enumeren diferentes temas o ideas.  
Evitar lenguaje sofisticado o técnico (explicar significado). Utilizar lenguaje del niño en vez de buscar sinónimos o traducirlo a lenguaje formal.  
Iniciar y mantener el uso de preguntas abiertas, finalizar con preguntas cerradas para aclarar y nunca realizar preguntas sugestivas.

#### IV) Fase de cierre

Corresponde al momento en que finaliza el proceso y la relación entre entrevistador y el niño.

En ésta última fase se cierran temáticas y/o modulan emociones que pudiesen haber surgido en la entrevista. Asimismo, sirve para aclarar eventuales dudas o inquietudes.

Los elementos del cierre son:

1. Resumir afirmaciones de mayor relevancia.
2. Permitir y abrir espacios para dudas e inquietudes.
3. Comunicar medidas a instaurar tras la fase de desarrollo.
4. Entregar información de los pasos a seguir del proceso judicial y/o eventual derivación a la red
5. Agradecer la participación

#### Artículo 11

1. Garantizando el derecho de los niños a ser escuchados, los Estados Partes consideraran que la escucha debe realizarse en un ambiente que propenda al buen trato y la apertura de un relato libre del niño.

2. Los Estados Partes entenderán por narración que promueva el buen trato: una herramienta para reconstruir el propio mundo, una reconstrucción del pasado, donde no sólo se modifica la emoción, sino que también permite adquirir un compromiso diferente y favorecer procesos de resiliencia, a pesar de la difícil situación que conlleva un proceso judicial.

## Artículo 12

1. Cada Estado parte se compromete a dar a conocer ampliamente y divulgar el presente Protocolo, por medios eficaces y apropiados y en formatos asequibles, tanto entre los adultos como entre los niños, incluidos aquellos con diversidad de capacidades.

2. Cada Estado adoptará las medidas jurídicas, administrativas y de otra índole necesarias para garantizar la aplicación efectiva y la vigilancia del cumplimiento efectivo de las disposiciones del presente Protocolo dentro de su jurisdicción.

## Artículo 13

1. Ninguna disposición del presente protocolo se interpretará de manera que impida hacer efectivo el derecho del niño a ser escuchado de conformidad a los preceptos de la Convención.

## Artículo 14

1. A más tardar dos años después de la entrada en vigor del presente Protocolo respecto de un Estado Parte, éste presentará al Comité de los Derechos del Niño un informe que contenga una exposición general de las medidas que haya adoptado para dar cumplimiento a las disposiciones del Protocolo.

2. Después de la presentación del informe general, cada Estado Parte incluirá en los informes que presente al Comité de los Derechos del Niño de conformidad con el artículo 44 de la Convención información adicional sobre la aplicación del presente Protocolo. Los demás Estados Partes en el Protocolo presentarán un informe cada cinco años.

3. El Comité de los Derechos del Niño podrá pedir a los Estados Partes más información sobre la aplicación del presente Protocolo.

## Artículo 15

1. El presente Protocolo estará abierto a la firma de todos los Estados que hayan firmado o ratificado la Convención o alguno de sus tres primeros Protocolos facultativos, o se hayan adherido a aquella o a alguno de estos.

2. El presente Protocolo estará sujeto a ratificación por cualquier Estado que haya ratificado la Convención o alguno de sus tres primeros Protocolos facultativos, o se haya adherido a aquella o a alguno de estos. Los instrumentos de ratificación serán depositados en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

3. El presente Protocolo quedará abierto a la adhesión de todos los Estados que hayan ratificado la Convención o alguno de sus tres primeros Protocolos facultativos, o se hayan adherido a aquella o a alguno de estos.

4. La adhesión se hará efectiva mediante el depósito del instrumento correspondiente en poder del Secretario General.

## Artículo 16

1. El presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que se deposite el décimo instrumento de ratificación o de adhesión.

2. Para cada Estado que ratifique el presente Protocolo o se adhiera a él después de haberse depositado el décimo instrumento de ratificación o de adhesión, el presente Protocolo entrará en vigor tres meses después de la fecha en que ese Estado haya depositado su instrumento de ratificación o de adhesión.

## Artículo 17

1. Cualquier Estado Parte podrá proponer enmiendas al presente Protocolo y presentarlas al Secretario General de las Naciones Unidas, el cual comunicará a los Estados partes las enmiendas propuestas y les pedirá que le notifiquen si desean que convoque una reunión de los Estados partes para examinar las propuestas y tomar una decisión al respecto. Si, en el plazo de cuatro meses a partir de la fecha de la comunicación, al menos un tercio de los Estados partes se declara en favor de la reunión, el Secretario General la convocará bajo los auspicios de las

Naciones Unidas. Las enmiendas adoptadas por una mayoría de los dos tercios de los Estados partes presentes y votantes serán sometidas por el Secretario General a la aprobación de la Asamblea General y, posteriormente, a la aceptación de todos los Estados partes.

2. Las enmiendas adoptadas y aprobadas de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo entrarán en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que el número de instrumentos de aceptación depositados equivalga a los dos tercios del número de Estados partes a la fecha de su adopción. Posteriormente, la enmienda entrará en vigor para cualquier Estado parte el trigésimo día después del depósito de su propio instrumento de aceptación. Las enmiendas solo tendrán fuerza obligatoria para los Estados partes que las hayan aceptado.

#### Artículo 18

1. Todo Estado parte podrá denunciar el presente Protocolo en cualquier momento mediante notificación por escrito al Secretario General de las Naciones Unidas. La denuncia entrará en vigor un año después de la fecha en que el Secretario General reciba la notificación.

2. Esa denuncia no eximirá al Estado Parte de las obligaciones que le incumban en virtud del presente Protocolo respecto de todo acto que se haya producido antes de la fecha en que aquella surta efecto. La denuncia tampoco obstará en modo alguno para que el Comité de los Derechos del Niño prosiga el examen de cualquier asunto iniciado antes de esa fecha.

#### Artículo 19

1. El Secretario General de las Naciones Unidas será el depositario del presente Protocolo.

2. El Secretario General notificará a todos los Estados:

- a) Las firmas y ratificaciones del presente Protocolo y las adhesiones a él;
- b) La fecha de entrada en vigor del presente Protocolo y de las enmiendas a él que se aprueben en virtud del artículo 17;

c) Las denuncias que se reciban en virtud del artículo 18 del presente Protocolo.

#### Artículo 20

1. El presente Protocolo, cuyos textos en árabe, chino, español, francés, inglés y ruso son igualmente auténticos, será depositado en los archivos de las Naciones Unidas.

2. El Secretario General de las Naciones Unidas enviará copias certificadas del presente Protocolo a todos los Estados.

## Conclusiones

1. El niño es aquel sujeto de derechos, dotado de discernimiento progresivo, que lo llevará a formarse un juicio propio de acuerdo a su desarrollo evolutivo, con la capacidad de ejercer con plena autonomía sus derechos.

2. Es fundamental la inserción del concepto de niño en el lenguaje de los derechos humanos, sin la necesidad de hablar de derechos distintos para los adultos y otro para los niños pues en ambos casos estamos frente a personas.

3. La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que tras la noción de los derechos humanos yace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos.

4. Es necesaria una armonización de la titularidad y el ejercicio de los derechos humanos con los principios de autonomía progresiva, dignidad e interés superior.

5. En ese propósito, considerar a los niños globalmente sujetos de derecho no es la única tarea de la globalización, sino la verdadera aplicación de los derechos humanos a través de una asimilación social.

6. Es deber de los Estados promover y garantizar la efectiva protección igualitaria de los derechos de los niños, en específico al derecho de ser escuchados, por lo que la edad no debe ser impedimento para respetar éste derecho, sino que se debe prestar atención a autonomía progresiva que se adquiere gradualmente y está ligada, especialmente, al discernimiento y aptitud intelectual y volitiva de la persona.

7. La noción de progresividad de desarrollo debe considerar los aportes de los estudios psicológicos-evolutivos demostrativos de la existencia de distintas etapas del ciclo vital, que en el ámbito jurídico genera una graduación en el ejercicio de los derechos de los niños.

8. Existe una preocupación global que surge cuando se está realizando una investigación referente a los niños, es la urgente necesidad de que los instrumentos internacionales no sólo se queden como el referente histórico del reconocimiento del derecho humano de los niños, sino que además éstos derechos se vean materializados. De nada les sirve a los niños conocer sus derechos si éstos no pueden ejercerlos.

9. Los Estados Partes deben reconocer que la escucha de los niños es un derecho, y no un principio, por lo que están obligados a garantizar que los responsables de escuchar a los niños adopten medidas unificadoras para respetar éste derecho.

10. De la estancia de investigación en Santiago, Chile (país que se ha destacado por la preocupación de respetar el derecho de los niños a ser escuchados, y que ha implementado mecanismos que coadyuvan a garantizar que la opinión de los niños sea tomada cuenta) y a través de las audiencias que se pudieron presenciar consideramos que el foco de análisis no debe centrarse sólo en el que habla, sino en el que escucha.

11. Derivado de la investigación realizada en Chile en la práctica y en Argentina en el ordenamiento jurídico se advierte que se requiere de un mayor y profundo análisis de las condiciones del sistema, las implicancias del factor tiempo y de la competencia de los operadores en pos de facilitar el acceso de los niños a ver satisfecho su derecho, y que éste no se torne solamente en la obligación de ser escuchados en una audiencia con el juez.

12. En los capítulos tercero y cuarto advertimos que otra dificultad para materializar el derecho a ser escuchado, es la diversidad de interpretaciones que se alejan del espíritu de la Convención sobre los Derechos de los Niños, pues la idea es escuchar directamente al niño. Hacer lo contrario sería cercenar este derecho haciéndolo depender de la voluntad de los adultos.

13. En la estancia de investigación nos percatamos que escuchar al niño a través de otros significa mediatizar su derecho a través de la interpretación y/o traducción de quien escucha, lo cual afecta la fidelidad del relato, razón suficiente para considerar que los profesionistas mencionados en la investigación deben estar capacitados para tener un contacto con el niño, determinar su desarrollo evolutivo y saber dialogar con el niño en las cuatro fases señaladas.

14. La reflexión sobre las condiciones en que se realiza la escucha debe incluir prioritariamente el debate respecto de las formas en que la escucha debe implementarse rodeada de las debidas medidas de resguardo a la privacidad e integridad física y emocional de los niños.

15. Los Estados Partes necesitan unificar la definición y establecer criterios y pautas mínimas que detenten ésta homogeneidad en cuanto a la determinación del derecho de los niños a ser escuchados, el rol de los niños y respecto del peso que se le debe dar a sus deseos y sentimientos como parte esencial de la decisión; los que en todo caso han de ser flexibles y no excluyentes y verificarse caso a caso.

16. Un Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del niño referente a su derecho a ser escuchados, en nuestra opinión, permitirá soslayar debates no resueltos normativamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, a fin de proveer herramientas analíticas que faciliten, a futuro, el desarrollo de una hermenéutica que tome en serio el derecho de los niños a ser escuchados a partir de una precisa definición de ese derecho y de los mecanismos de exigibilidad indispensables para garantizarlo.



## Fuentes de investigación

### Bibliografía

Acuña San Martín, Marcela, *Efectos jurídicos del divorcio*, Chile, Thomson Reuters, 2011.

Aguilera Chaparro, Andrés Gonzalo, *Del derecho del niño a ser oído y del derecho de defensa de los niños en el actual ordenamiento jurídico familiar: Breves comentarios sobre algunos tópicos jurídicos y acerca del rol del abogado representante del niño niña y adolescente, en Espejos de Infancia: Análisis e intervenciones en Violencia Infantil*, Valparaíso, Chile, Servicio Nacional de Menores, 2009.

Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, 2ª ed., trad. Bernal Pulido, Carlos, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 2008.

Arturo Hernández, Carlos, *Globalización y Derecho*, Colombia, Universidad Libre, 2010.

Atienza, Manuel, *Introducción al Derecho*, España, Fontamara, 1998.

Baeza Concha, Gloria, Pérez Cabrera, Jaime, *Los nuevos tribunales de familia. Procedimiento Ordinario*, 2ª ed., Chile, Legal Publishing, 2008.

Barcia Lehmann, Rodrigo, *Fundamentos del derecho de familia y de la infancia*, Chile, Legal Publishing, 2011.

Becerra Ramírez, Manuel, coord., *La Corte Interamericana de Derechos Humanos a veinticinco años de su funcionamiento*, México, UNAM, 2007.

Becerra Ramírez, Manuel, *La recepción del derecho internacional en el derecho interno*, 2ª ed., México, UNAM-IIJ, 2012.

Campoy Cervera, Ignacio, *La negación de los derechos de los niños en Platón y Aristóteles*, España, Dickinson-Universidad Carlos III de Madrid, 2006.

Castrillón y Luna, Víctor Manuel, *Tratado de Derecho Mercantil*, 2ª ed., México, Porrúa, 2011.

Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), *América Latina y el Caribe: una mirada al futuro desde los Objetivos de Desarrollo del Milenio. Informe regional de monitoreo de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) en América Latina y el Caribe*, Chile, CEPAL, 2015.

Corea, Cristina, Lewkowicz, Ignacio, *Pedagogía del aburrido. Escuelas destituidas. Familias perplejas*, Buenos Aires, Paidós Educador, 2004.

Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 2012.

Fernández Sessarego, Carlos, *Persona, personalidad, capacidad y sujeto de derecho. Un necesario deslinde conceptual en los umbrales de siglo XXI*, Argentina, Astrea, 2006.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías, la ley del más débil*, 4ª ed., Madrid, Trotta, 2004.

Gadamer, Hans-Georg, *Verdad y Método*, tomo II, Salamanca, 1998.

Gaitán, Lourdes, Liebel, Manfred, *Ciudadanía y Derechos de participación de los niños*, España, Universidad Pontificia Comillas, Síntesis, 2013.

González Contró, Mónica, *Derechos humanos de los niños. Una propuesta de fundamentación*, México, UNAM, 2011.

González Contró, Mónica, et. alt., *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes*, México, UNAM-DIF NACIONAL-IIJ, 2012.

González Ibarra, Juan de Dios, *Epistemología Jurídica*, 4 ed., México, Porrúa, 2013.

\_\_\_\_\_, *Filosofía Jurídica, Filosofar en la globalización y el garantismo*, México, Porrúa, 2013.

\_\_\_\_\_, *Metodología jurídica epistémica*, México, Fontamara, 2006.

González Martín, Nuria y Rodríguez Benot, Andrés, (coord.), *El derecho de familia en un mundo globalizado*, México, UNAM, 2007.

González, Nuria, Carbonell, José, Carbonell, Miguel, *Las familias en el siglo XXI: Una mirada desde el Derecho*, México, UNAM-IIJ, 2012.

Guadarrama González, Álvaro, *La axiología jurídica en la formación integral de los estudiantes de Derecho*, México, Porrúa, 2004.

\_\_\_\_\_, *Valores y Derechos de los Migrantes Mexicanos en América del Norte*, México, Porrúa, 2011.

Heidegger, Martin, *Ser y tiempo*, Trad. Rivera, Jorge Eduardo, Santiago Chile, Editorial Universitaria, 1997.

Herrera, Marisa, *Luces y sombras sobre la voz del niño en su adopción*, Argentina, IV Jornadas Regionales y I Jornadas Nacionales Interdisciplinarias de Adopción-Poder Judicial-Tribunales de Familia, 2006.

Informe Final estudio "Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de Familia", Chile, UDP-UNICEF, 2010.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, Instrumentos Internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección, Chile, Andros, 2014.

Kemelmajer de Carnelucci, Aída, Herrera, Marisa, et. al., *Tratado de Derecho de Familia, según el Código Civil y Comercial de 2014*, Tomo I, Buenos Aires, Argentina, Rubinzal-Culzoni, 2014.

Krugman, Paul R. y Maurice Obstfeld, *International Economics, Theory and Policy*, Boston, Addison Wesley, 2009.

Lepín Molina, Cristián, *Compendio de Normas sobre Infancia y Adolescencia*, Chile, Thomson Reuters, 2015.

Lepin Molina, Cristián, Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *Estudios de Derecho Familiar I, Actas primeras jornadas nacionales*, Chile, Thomson Reuters, 2016.

Lloveras, Nora, Bozano, María de los Ángeles, *Los derechos de las niñas, niños y adolescentes*, 1ª ed., Córdoba Argentina, Alveroni, 2010.

Maier, W. Henry, *Tres teorías sobre el desarrollo del niño*, 2ª ed., Buenos Aires-Madrid, Amorrortu, 2012.

Mitterer, John O., Coon, Dennis, *Introducción a la Psicología: el acceso a la mente y la conducta*, 13 ed., México, Cengage Learning, 2015.

Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Derecho de familia, infancia y adolescencia*, 15 ed., Colombia, Ediciones del Profesional LTDA, 2014.

Montejo Rivero, Jetzabel Mireya, *La capacidad progresiva de niños, niñas y adolescentes*, Colombia, Temis, 2015.

Müller Díaz, Luis T., (coord.), *Globalización y Derechos Humanos*, México, UNAM, 2003.

Oliva Gómez, Eduardo, Tapia Vega, Ricardo, Jiménez Muñoz, et. al. (coord), *Hacia el ámbito del Derecho Familiar*, Temas selectos 4, México, Eternos Malabares-UNED-UAEM, 2017.

Quinceno Franco, Gloria Inés y Rodríguez López, Ramiro, *Las relaciones familiares en el siglo XXI*, Bogotá, Universidad La Gran Colombia, 2012.

Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos de los Menores de edad perspectiva de la jurisdicción interamericana*, México, UNAM-IIJ, 2010.

Ravetllat Ballesté, Isaac, *Aproximación histórica a la construcción sociojurídica de la categoría infancia*, España, Universitat Politècnica de València, 2015.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), México, Comisión Nacional de Derechos Humanos, 10ª reimpresión 2014.

Rivero Hernández, Francisco, *El interés superior del menor*, 2ª ed., Madrid, Dykinson, S. L., 2007.

Tapia Vega, Ricardo, Becerril, Anahiby, Oliva Gómez, Eduardo (coord.), *Hacia el ámbito del Derecho Privado*, Temas selectos 2, México, Eternos Malabares-UAEM, 2015.

Twining, William, *Derecho y Globalización*, 1ra reimpresión, traducción de Gurdiola-Rivera, Oscar, Sandoval Villalba, Clara, Colombia, Siglo de Hombre Editores-Instituto Pensar- Universidad de los Andes, 2005.

Vera Estrada, Ana, *La dimensión familiar en Cuba: pasado y presente*, Cuba, Centro de Investigación y Desarrollo de la Cultura Cubana Juan Marinello, 2007.

Villagrasa Alcaide, Carlos, Ravetllat Ballesté, Isaac, *Por los derechos de la infancia y de la adolescencia*, España, Bosch, 2009.

Vygotsky, Lev S, *Pensamiento y lenguaje*, México, Quinto Sol, 2003.

#### Hemerografía

Aguilera Portales, Rafael Enrique, López Sánchez, Rogelio, *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica garantista de Luigi Ferrajoli*, consultado en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2977/4.pdf>

Aguirre Moreno, Judith, Campos López, Xóchitl Patricia, *Gobernanza y derechos humanos*, Revista Multidisciplinaria del CEDEGS, Año 15, N° 29, enero-junio, México, 2014.

Aparisi Miralles, Ángela, *El principio de la dignidad humana como fundamento de un bioderecho global*, Cuadernos de Bioética, Revista N° 81, Vol. XXIV, España, Universidad de Murcia, 2013.

Arias Bacab, Marisol, Echeverría Echeverría, Rebelín, *Diseño de un protocolo para la preparación psicológica para menores, previo a una audiencia reservada en el Juzgado Familiar*, Revista Electrónica de psicología Iztacala, N°19, México, 2016.

Barcia Lehann, Rodrigo, *La capacidad extrapatrimonial de los niños y adolescentes conforme a sus condiciones de madurez*, Revista *Ius et Praxis*, Año 19, N°2, Chile, Universidad de Talca-Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 2013.

Bellof, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina*, Revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 10, UNICEF, Colombia, 2008.

\_\_\_\_\_, (comp), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Bogotá- Buenos Aires, Temis-Depalma, 1998, consultado en: [www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf](http://www.csj.gob.sv/BVirtual.nsf)

Castro, Ana, Ezquerro, Pilar, Argos, Javier, *Procesos de escucha y participación de los Niños en el marco de la Educación Infantil: Una revisión de la Investigación*, España, Educación XXI, 2016, consultada en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=70645811004>> ISSN 1139-613X

Celis Vázquez, Marco Antonio, *El principio del interés superior del niño en la interpretación del Tribunal Constitucional*, Revista Jurídica del Colegio de Abogados de La Libertad, N° 144, Perú, 2011.

Cillero Bruñol, Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los derechos del niño*, Revista Justicia y Derechos del Niño, N° 9, UNICEF, Chile, 2007.

Couso Salas, Jaime, *El Niño como Sujeto de Derechos y la Nueva Justicia de Familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y Derecho a Ser Oído*, Revista de Derechos del Niño, Números Tres y Cuatro, UNICEF, 2006.

Diccionario de la Real Academia Española, consultado en:  
<http://lema.rae.es/drae/?val=did>

Echeverría, R., *La ontología del lenguaje*, México, JC Sáez, 2006, en:  
<file:///C:/Users/TCA%20Morelos%2031/Downloads/ontologia%20del%20lenguaje%20echeverria%20pdf.pdf>

Encuentro con la Abogacía Especializada en Derecho de Familia  
<http://www.asemop.org/system/files/2195/original/Encuentro%20con%20la%20abogacia%20especializada%20Derecho%20de%20Familia%202012.pdf?1356600447>

Fanló Cortes, Isabel, *Viejos y nuevos derechos del niño. Un enfoque teórico*, Revista de Derecho Privado, N° 20, enero-junio, Colombia, Universidad Externado de Colombia, 2011.

Fiorella C., Vigo, *El derecho del niño a ser oído en la justicia de familia*, 2016, consultado en:  
<http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2016/08/VIGO-2016.-El-derecho-del-ni%C3%B1o-a-ser-o%C3%ADdo-en-la-justicia-de-familia.-1.pdf>

Freites Barros, Luisa Mercedes, *La Convención Internacional sobre los derechos del niño: Apuntes básicos*, Revista Educare, Vol. 12, Núm. 42, julio-septiembre, 2008 en: <http://www.redalyc.org/pdf/356/35614569002.pdf>.

García Ramírez, Sergio, *Derechos Humanos de los menores de edad. Perspectiva de la Jurisdicción Interamericana*, Serie Estudios Jurídicos, número 152, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas – UNAM, 2010.

Gómez de la Torre Vargas, Maricruz, *La relación directa y regular a partir de las modificaciones introducidas por la Ley N° 20.680*, Revista de Derecho de Familia, Volumen I, 2014.

Grosman, Cecilia, Kemelmajer, Aída, et. alt., *Derecho de Familia, Revista interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, N° 72, noviembre 2015, Argentina, Abeledo Perrot.

Instituto Nacional de Derechos Humanos, *Instrumentos Internacionales, observaciones y recomendaciones generales de derechos humanos sobre igualdad, no discriminación y grupos de especial protección*, Chile, Andros, 2014.

Junyent De Dutari, Patricia, *La palabra como derecho de niños y adolescentes*, Revista de derecho de familia y de las personas, Año V, N° 9, octubre, Argentina, 2013.

Kemelmajer de Carlucci, Aída, Molina de Juan, Mariel F., *La participación del niño y el adolescente en el proceso judicial*, 2015, consultado en: <http://colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/12/AKC-MMJ-La-participaci%C3%B3n-del-ni%C3%B1o-y-el-adolescente-en-el-proceso-judicial.pdf>

Lepin Molina, Cristián, Vargas Aravena, David (coord.), *Revista de Derecho de Familia*, Volumen II, N° 10, Chile, Thomson Reuters, 2016.

Liemann Hernández, Evelyn, *El escuchar como elemento esencial en la psicoterapia*, Psychologia. Avances de la disciplina, Vol. 4, Núm. 1, enero-junio, 2010, en: <http://www.redalyc.org/pdf/2972/297224086012.pdf>

Margas Pavez, Macarena, Correa Camus, Paula, *La voz de los niños en la justicia de familia de Chile*, Revista Ius et Praxis, Año 17, N° 1, 2011.



Mesa Castillo, Olga, *El niño discapacitado en Cuba. Disquisiciones jurídicas desde un enfoque de políticas públicas*, Cuba, junio 2005, consultado en: [http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/rehabilitacion-temprana/olga\\_mesa\\_2005.pdf](http://www.sld.cu/galerias/pdf/sitios/rehabilitacion-temprana/olga_mesa_2005.pdf)

Mesino Rivero, Ledis, *La globalización económica y sus implicaciones socio-culturales en América Latina*, Revista de Ciencias Sociales, Vol. 15, núm. 1, abril, 2009.

Moss Peter, *Infancia: educar de 0 a 6 años*, Revista de Psicología y educación: Educación, N° 26, España, 2015.

Oliva Gómez, Eduardo, *El derecho del niño a ser oído en controversias familiares de contexto de los derechos humanos. Análisis crítico-propositivo*, Memoria del XVIII Congreso Internacional de Derecho Familiar “La Familia es para siempre”, Durango, Dgo., del 20 al 24 de octubre, 2014, p. 1065. Véase lo consultado en: [www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/xiv\\_cumbre\\_judicial/Reglas.pdf](http://www.cumbrejudicial.org/html-cumbres/xiv_cumbre_judicial/Reglas.pdf)

Pavez Soto, Iskra, *Sociología de la Infancia: las niñas y los niños como actores sociales*, Revista de Sociología, N° 27, Chile, 2012.

Ramírez Cleves, Gonzalo, *Pobreza, globalización y derecho: ámbitos global, internacional y regional de regulación*, N° 81, Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales-Universidad Externado de Colombia, 2009.

Revetllat Ballesté, Isaac y Pinochet Olave, Ruperto, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y su configuración en el derecho civil chileno*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 42, N° 3. septiembre-diciembre, Chile, 2015.

Save the Children España, *Agenda de la Infancia 2012-2015*, en: [http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/465/Agenda\\_de\\_Infancia\\_2012-2015.pdf](http://www.savethechildren.es/docs/Ficheros/465/Agenda_de_Infancia_2012-2015.pdf).

Vegara Carrió, Josep María, *La obra de Amartya Sen*, España, Universidad Autónoma de Barcelona-Universidad Pompeu Fabra, 2016, consultada en: <https://revistas.ucm.es/index.php/IJHE/article/download/54626/49867>

## Instrumentos Nacionales e Internacionales

Acta N° 237-2014 del treinta de diciembre de dos mil catorce emitida por el Tribunal Pleno de la Corte Suprema de Chile.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, consultada en: [https://www.oas.org/dil/esp/tratados\\_B-32\\_Convencion\\_Americana\\_sobre\\_Derechos\\_Humanos.htm](https://www.oas.org/dil/esp/tratados_B-32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm).

Convención sobre los Derechos del Niño, consultada en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/crc.htm>

Declaración de Ginebra 1924, consultada en: [https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion\\_de\\_ginebra\\_de\\_derechos\\_del\\_nino.pdf](https://www.savethechildren.es/sites/default/files/imce/docs/declaracion_de_ginebra_de_derechos_del_nino.pdf)

Declaración de los Derechos del Niño, consultada en: <http://www.humanium.org/es/declaracion-de-los-derechos-del-nino-texto-completo/>.

Declaración Mundial sobre la supervivencia, la protección y el desarrollo del niño, consultada en: [http://www.unicef.org/honduras/Declaracion\\_mundial\\_supervivencia\\_proteccion.pdf](http://www.unicef.org/honduras/Declaracion_mundial_supervivencia_proteccion.pdf).

Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Familias, consultado en: <http://www.webee.com.ar/congreso-de-la-familia>.

Declaración Universal de los Derechos Humanos, consultada en: <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Informe Final estudio “Niños, niñas y adolescentes en los tribunales de Familia”, Chile, UDP-UNICEF, 2010.

Informe sobre el grado de cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo del Milenio (ODM) en América Latina y el Caribe, consultado en:

<http://www.cepal.org/es/comunicados/cepal-la-region-cumplio-varias-metas-clave-de-los-odm-punto-de-partida-para-abordar-la>

Instrumento de Ratificación del Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños, consultado en: [https://www.boe.es/diario\\_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-1752](https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-1752).

Ley 26061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes.

Ley N° 23849 del 27 de setiembre de 1990.

Mensaje Presidencial Ley 19.968 Presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle en Biblioteca del Congreso Nacional. 2004. p. 6-9.

Observación General Número 12, El derecho del niño a ser escuchado, 2009, en: [http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12\\_sp.doc](http://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/AdvanceVersions/CRC-C-GC-12_sp.doc)

Opinión Consultiva 21/2014. Derechos y Garantías de Niñas y Niños en el contexto de la Migración y/o en necesidad de Protección Internacional, consultada en: <http://www.iin.oea.org/pdf-inn/Opinion-Consultiva-19-agosto2014.pdf>.

Opinión Consultiva número 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, consultada en: [http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea\\_17\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf)

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, consultado en: <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D47.pdf>.

Reglamento del Comité de los Derechos del Niño.